



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	10865.003538/2010-30
ACÓRDÃO	1001-004.172 – 1ª SEÇÃO/1ª TURMA EXTRAORDINÁRIA
SESSÃO DE	21 de janeiro de 2026
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	JOSE ANGELO ZABOTTO ME
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007

NULIDADE NÃO EVIDENCIADA.

Afastado está o cerceamento do direito de defesa que caracteriza a nulidade dos atos administrativos quando observadas as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes. O art. 6º da Lei Complementar 105, de 2002 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal.

DECADÊNCIA.

O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo não ocorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito.

OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. ORIGEM NÃO COMPROVADA.

A pessoa jurídica fica sujeita à presunção legal de omissão de receita caracterizada pelos valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto à instituição financeira, em relação aos quais a titular regularmente intimada, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

LUCRO ARBITRADO.

Justifica-se o arbitramento do lucro pelo fato de o sujeito passivo deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal ou ainda os apresentou com deficiências graves.

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS.

A alegação genérica de que o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins objeto do lançamento de ofício por si só não é suficiente, pois é necessária a produção de um conjunto fático-probatório robusto da inclusão indevida e do montante do tributo estadual a ser excluído.

JUROS MORA.

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

MULTA DE OFÍCIO PROPORCIONAL.

No caso de lançamento de ofício, é aplicada a multa de ofício proporcional de 75% sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata. Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

PRECLUSÃO.

Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.

LANÇAMENTOS REFLEXOS.

Os lançamentos de CSLL, PIS, Cofins e INSS sendo decorrentes da mesma infração tributária, a relação de causalidade que os informa leva a que os resultados dos julgamentos destes feitos acompanhem aquele que foi dado à exigência de IRPJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em conhecer do recurso voluntário, em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, em dar-lhe provimento em parte para reconhecer a decadência do lançamento de ofício referente aos meses de fevereiro a setembro do

ano-calendário de 2005. Vencida a Conselheira Ana Cláudia Borges de Oliveira que dava provimento em parte em maior extensão para reconhecer a possibilidade apuração dos valores a serem deduzidos de ICMS da base de cálculo do Pis e da Cofins no momento da liquidação da decisão. A Conselheira Ana Cláudia Borges de Oliveira manifestou a intenção de apresentar declaração de voto. Entretanto, findo o prazo regimental, não foi apresentada a declaração de voto, que deve ser considerada como não formulada, nos termos do § 7º, do art. 114 do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023.

Assinado Digitalmente

Carmen Ferreira Saraiva –Relatora e Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Paulo Elias da Silva Filho, Ana Cecília Lustosa da Cruz, Gustavo de Oliveira Machado, Ana Cláudia Borges de Oliveira e Carmen Ferreira Saraiva (Presidente).

RELATÓRIO

Procedimentos de Ofício

Auto de Infração – Processo Principal nº 10865.003538/2010-30

Contra a Recorrente acima identificada foi lavrado o Auto de Infração título de Imposto Sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) com a exigência do crédito tributário no valor de R\$48.488,64 incluindo tributo, juros de mora e multa de ofício proporcional apurado pelo regime tributário do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples, referente aos meses de janeiro a dezembro do ano-calendário de 2005, e-fls. 03-12:

001 - OMISSÃO DE RECEITAS DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO ESCRITURADOS

Valor apurado conforme exposto no Termo de Verificação Fiscal em anexo ao presente Auto de Infração. [...]

ENQUADRAMENTO LEGAL

Art. 24 da Lei nº 9.249/95; arts. 2º, § 2º, 3º, § 1º, alínea "a", 5º, 7º, § 1º, 18, da Lei nº 9.317/96; art. 42 da Lei nº 9.430/96; Art. 3º da Lei nº 9.732/98; Arts. 186, 188 e 199, do RIR/99.

002 - INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO

Insuficiência de valor recolhido apurada conforme exposto no Termo de Verificação Fiscal em anexo ao presente Auto de Infração.

ENQUADRAMENTO LEGAL

Art. 5º da Lei nº 9.317/96 c/c art. 3º da Lei nº 9.732/98; Arts. 186 e 188, do RIR/99.

Em decorrência de serem os mesmos elementos de provas indispensáveis à comprovação dos fatos ilícitos tributários foram constituídos os seguintes créditos tributários pelo lançamento de ofício formalizado neste processo:

O Auto de Infração a título de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) com a exigência do crédito tributário no valor de R\$81.173,20 incluindo tributo, juros de mora e multa de ofício proporcional apurado pelo regime tributário do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples, referente aos meses de janeiro a dezembro do ano-calendário de 2005, e-fls. 23-32:

001 - OMISSÃO DE RECEITAS DEPÓSITOS BANCÁRIOS AO ESCRITURADOS

Valor apurado conforme exposto no Termo de Verificação Fiscal em anexo ao presente Auto de Infração. [...]

ENQUADRAMENTO LEGAL

Art. 1º da Lei nº 9.317/96; arts. 2º, §2º, 3º, § 1º, alínea "c", 5º, 7º, § 1º, 18, da Lei nº 9.317/96; Art. 3º da Lei nº 7.689/88.

002 - INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO

Insuficiência de valor recolhido apurada conforme exposto no Termo de Verificação Fiscal em anexo ao presente Auto de Infração. [...]

ENQUADRAMENTO LEGAL

Art. 1º da Lei nº 7.689/88; art. 5º da Lei nº 9.317/96; Art. 3º da Lei nº 9.732/98.

- O Auto de Infração a título de Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) com a exigência do crédito tributário no valor de R\$48.488,64 incluindo tributo, juros de mora e multa de ofício proporcional apurado pelo regime tributário do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples, referente aos meses de janeiro a dezembro do ano-calendário de 2005, e-fls. 13-22:

001 - OMISSÃO DE RECEITAS DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO ESCRITURADOS

Valor apurado conforme exposto no Termo de Verificação Fiscal em anexo ao presente Auto de Infração. [...]

ENQUADRAMENTO LEGAL

Art. 3º, alínea "b" da Lei Complementar nº 7/70 c/c art. 1º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 17/73 e arts. 2º, inciso I, 3º e 9º, da Medida Provisória nº 1.249/95 e suas reedições; arts. 2º; § 2º, 3º, § 1º, alínea "b", 5º, 7º, § 1º, 18, da Lei nº 9.317/96; Art. 3º da Lei nº 9.732/98.

002 - INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO

Insuficiência de valor recolhido apurada conforme exposto no Termo de Verificação Fiscal em anexo ao presente Auto de Infração. [...]

ENQUADRAMENTO LEGAL

Art. 3º, alínea "b" da Lei Complementar nº 7/70 d/c art. 1º, parágrafo único da Lei Complementar nº 17/73 e arts. 2º, inciso I, 3º e 9º, da Medida Provisória nº 1.249/95 e suas reedições; art. 5º da Lei nº 9.317/96; Art. 3º da Lei nº 9.732/98.

O Auto de Infração a título de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) com a exigência do crédito tributário no valor de R\$162.346,46 incluindo tributo, juros de mora e multa de ofício proporcional apurado pelo regime tributário do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples, referente aos meses de janeiro a dezembro do ano-calendário de 2005, e-fls. 33-42:

001 - OMISSÃO DE RECEITAS DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO ESCRITURADOS

Valor apurado conforme exposto no Termo de Verificação Fiscal em anexo ao presente de Infração. [...]

ENQUADRAMENTO LEGAL

Arts. 10 e 2º da Lei Complementar nº 70/91; arts. 2º, §2º, 3º, § 1º, alínea "d", 5º, 7º, § 1º, e 18 da Lei nº 9.317/96; Art. 3º da Lei nº 9.732/98.

002 - INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO

Insuficiência de valor recolhido apurada conforme exposto no Termo de Verificação Fiscal em anexo ao presente Auto de Infração.

ENQUADRAMENTO LEGAL

Art. 1º da Lei Complementar nº 70/91; art. 5º, Lei nº 9.317/96; Art. 3º da Lei nº 9.732/98.

- O Auto de Infração a título de Contribuição para a Seguridade Social (INSS) com a exigência do crédito tributário no valor de R\$318.965,99 incluindo tributo, juros de mora e multa de ofício proporcional apurado pelo regime tributário do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples, referente aos meses de janeiro a dezembro do ano-calendário de 2005, e-fls. 43-:

001 - OMISSÃO DE RECEITAS DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO ESCRITURADOS

Valor apurado conforme exposto no Termo de Verificação Fiscal em anexo ao presente Auto de Infração. [...]

ENQUADRAMENTO LEGAL

Arts. 2º, § 2º, 3º, § 1º, alínea "f", 5º, 7º, § 1º, e 18, da Lei nº 9.317/96; Art. 3º da Lei nº 9.732/98.

002 - INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO

Insuficiência de valor recolhido apurada conforme exposto no Termo de Verificação Fiscal em anexo ao presente Auto de Infração. [...]

ENQUADRAMENTO LEGAL

Art. 5º da Lei nº 9.317/96; Art. 3º da Lei nº 9.732/98.

Exclusão do Simples Nacional – Processo Apenso nº 10865.002089/2010-11

A Recorrente optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional foi excluída de ofício pelo Ato Declaratório Executivo DRF/LIM/SP nº 61, de 17 de junho de 2010, com efeitos a partir de 01.01.2006, motivado nos fundamentos de fato e de direito indicados:

Art. 1º - Fica o contribuinte, a seguir identificado, excluído do SIMPLES a partir do dia 01-01-2006 pela ocorrência da situação excludente indicada abaixo:

Nome: JOSÉ ANGELO ZABOTTO - ME

CNPJ nº 64.698.970/0001-95

Data da opção pelo SIMPLES: 01-01-1997

Situação excludente: 304

Descrição: Exclusão do SIMPLES Federal, por ultrapassar os limites de receita bruta

Data da ocorrência: 31-12-2005

Processo nº 10865.002089/2010-11

Fundamentação Legal: Lei nº 9.317, de 05/12/1996: artigos 9º, inciso IX, 12, 13, inciso II, alínea "b", 14, inciso I e 15, inciso III; Instrução Normativa SRF nº 608, de 09/01/2006: art. 23, inciso I e 24, inciso V.

Art. 2º - A exclusão do SIMPLES surtirá os efeitos previstos nos artigos 15, inciso III e 16 da Lei nº 9.317, de 1996 e suas alterações posteriores.

Art. 3º - Poderá o contribuinte, dentro do prazo de trinta dias contados a partir da publicação do presente Ato no Diário Oficial da União, manifestar sua inconformidade, por escrito, nos termos do Decreto nº 70.235, de 7 de março de 1972, e suas alterações posteriores, relativamente à exclusão do SIMPLES, ao Delegado da Delegacia da Receita Federal do Brasil de sua jurisdição, por meio do formulário Solicitação de Revisão da Exclusão do SIMPLES (SRS) disponível na página da Receita Federal do Brasil, na Internet, acessando o endereço eletrônico [...], ou em suas unidades, assegurados o contraditório e a ampla defesa.

Auto de Infração – Processo Apenso nº 10865.003539/2010-84

Contra a Recorrente acima identificada foi lavrado o Auto de Infração a título de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) com a exigência do crédito tributário no valor de R\$301.103,11 incluindo tributo, juros de mora e multa de ofício proporcional apurado pelo regime

de lucro arbitrado referente aos quatro trimestres dos anos-calendário de 2006 e 2007, e-fls. 02-15:

Razão do arbitramento no(s) período (s): 03/2006 06/2006 09/2006 12/2006
03/2007 :06/2007 09/2007 12/2007

Arbitramento do lucro que se faz tendo em vista que o contribuinte notificado a apresentar os livros e documentos da sua escrituração, conforme Termo de Início de Fiscalização e termo(s) de intimação em anexo; deixou de apresentá-los.

Enquadramento Legal:

A partir de 01/04/1999

Art. 530, inciso III, do RIR/99.

001 - DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA

Valor apurado conforme exposto no "Termo de Verificação" e demonstrado na planilha denominada "Demonstrativo de Totalização dos Depósitos/Créditos Bancários cuja Origem não foi Comprovada", em anexos ao presente Auto de Infração. [...]

ENQUADRAMENTO LEGAL

Arts. 27, inciso I, e 42 da Lei nº 9.430/96, Arts. 532 e 537 do RIR/99.

Em decorrência de serem os mesmos elementos de provas indispensáveis à comprovação dos fatos ilícitos tributários foram constituídos os seguintes créditos tributários pelo lançamento de ofício formalizado neste processo:

- Auto de Infração a título de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) com a exigência do crédito tributário no valor de R\$174.937,56 incluindo tributo, juros de mora e multa de ofício proporcional apurado pelo regime de lucro arbitrado referente aos quatro trimestres dos anos-calendário de 2006 e 2007, e-fls. 38-48:

001 - CSLL SOBRE OMISSÃO DE RECEITA

Valor apurado conforme exposto no "Termo de Verificação" e demonstrado na planilha denominada "Demonstrativo de Totalização dos Depósitos/Créditos Bancários cuja Origem não foi Comprovada", em anexos ao presente Auto de Infração. [...]

ENQUADRAMENTO LEGAL

Art. 2º e §§, da Lei nº 7.689/88; Art. 24 da Lei nº 9.249/95; Art. 29 da Lei nº 9.430/96; Art. 37 da Lei nº 10.637/02.

- Auto de Infração a título de Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) com a exigência do crédito tributário no valor de R\$108.140,00 incluindo tributo, juros de mora e multa de ofício proporcional apurado pelo regime cumulativo referente aos meses dos anos-calendário de 2006 e 2007, e-fls. 16-26:

001 - PIS SOBRE OMISSÃO DE RECEITA FALTA/INSUFICIÊNCIA DO PIS

Valor apurado conforme exposto no "Termo de Verificação" e demonstrado na planilha denominada "Demonstrativo de Totalização dos Depósitos/Créditos Bancários cuja Origem não foi Comprovada", considerando os recolhimentos da planilha denominada "Demonstrativo do cálculo da partilha dos valores recolhidos na condição de optante pelo SIMPLES", cujos valores refletem na Base de Cálculo a ser considerada conforme planilha denominada "Demonstrativo da apuração da base de cálculo a ser considerada no Auto de Infração - contribuições PIS/COFINS", em anexos ao presente Auto de Infração.

ENQUADRAMENTO LEGAL

Arts. 1º e 3º da Lei Complementar nº 7/70; Art. 24, § 2º, da Lei nº 9.249/95; Arts. 2º, inciso I, alínea "a" e parágrafo único, 3º, 10, 22, 51 e 91 do Decreto nº 4.524/02.

- Auto de Infração a título de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) com a exigência do crédito tributário no valor de R\$486.713,42 incluindo tributo, juros de mora e multa de ofício proporcional apurado pelo regime cumulativo referente aos meses dos anos-calendário de 2006 e 2007, e-fls. 27-37:

001 - COFINS - OMISSÃO DE RECEITA

Valor apurado conforme exposto no "Termo de Verificação" e demonstrado na planilha denominada "Demonstrativo de Totalização dos Depósitos/Créditos Bancários cuja Origem não foi Comprovada", considerando os recolhimentos da planilha denominada "Demonstrativo do cálculo da partilha dos valores recolhidos na condição de optante pelo SIMPLES, cujos valores refletem na Base de Cálculo a ser considerada conforme planilha denominada "Demonstrativo da apuração da base de cálculo a ser considerada nº Auto de Infração - contribuições PIS/COFINS", em anexos ao presente Auto de Infração. [...]

ENQUADRAMENTO LEGAL

Arts. 2º, inciso II e parágrafo único, 3º, 10, 22, 51 e 91 do Decreto nº 4.524/02.

Impugnação e Decisão de Primeira Instância

Cientificada, a Recorrente apresentou a impugnação. Está registrado no Acórdão da 4ª Turma da DRJ/SPO/SP nº 16-75.447, de 20.01.2017, e-fls. 577-627:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 31/01/2005, 28/02/2005, 31/03/2005, 30/04/2005, 31/05/2005, 30/06/2005, 31/07/2005, 31/08/2005, 30/09/2005, 31/10/2005, 30/11/2005, 31/12/2005, 31/03/2006, 30/06/2006, 30/09/2006, 31/12/2006, 31/03/2007, 30/06/2007, 30/09/2007, 31/12/2007

PRELIMINAR. NULIDADE.

Não há que se cogitar de nulidade do lançamento e do ato de exclusão do Simples Federal quando observados os requisitos previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal.

INFORMAÇÕES BANCÁRIAS. UTILIZAÇÃO. QUEBRA DE SIGILO. INOCORRÊNCIA.

A utilização de informações bancárias obtidas junto às instituições financeiras constitui simples transferência à administração tributária, e não quebra do sigilo bancário dos contribuintes, não havendo, pois, que se falar na necessidade de autorização judicial para o acesso, pela autoridade fiscal, a tais informações.

INCONSTITUCIONALIDADE. DISCUSSÃO ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE.

A instância administrativa não é foro apropriado para discutir inconstitucionalidade de normas, pois qualquer discussão sobre constitucionalidade deve ser submetida ao crivo do Poder Judiciário que detém, com exclusividade, a prerrogativa dos mecanismos de controle repressivo de constitucionalidade, regulados pela própria Constituição Federal.

PERÍCIA. DESCABIMENTO.

Incabível o pedido de realização de perícia pois o presente litígio se resolve com o direito e os fatos comprovados por documentos já constantes dos autos.

PRESUNÇÃO LEGAL. ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO.

A instituição de uma presunção pela lei tributária transfere ao contribuinte o ônus de provar que o fato presumido pela lei não aconteceu em seu caso particular. AUTOS REFLEXOS. PIS. COFINS. CSLL. INSS. A procedência do lançamento do Imposto de Renda Pessoa Jurídica implica manutenção das exigências fiscais dele decorrente.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Data do fato gerador: 31/01/2005, 28/02/2005, 31/03/2005, 30/04/2005, 31/05/2005, 30/06/2005, 31/07/2005, 31/08/2005, 30/09/2005, 31/10/2005, 30/11/2005, 31/12/2005, 31/03/2006, 30/06/2006, 30/09/2006, 31/12/2006, 31/03/2007, 30/06/2007, 30/09/2007, 31/12/2007

OMISSÃO DE RECEITAS. DECADÊNCIA. 173, I, DO CTN. NÃO OCORRÊNCIA.

No caso de ocorrência de omissão de receitas, conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício posterior à sua ocorrência. DEPÓSITO BANCÁRIO. ORIGEM.

FALTA DE COMPROVAÇÃO. RECEITA OMITIDA.

Valores depositados em conta bancária, cuja origem a contribuinte regularmente intimada não comprova, caracterizam receitas omitidas.

OMISSÃO DE RECEITAS. DETERMINAÇÃO DO IMPOSTO. REGIME DE TRIBUTAÇÃO.

Verificada a omissão de receita, o imposto a ser lançado de ofício deve ser determinado de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período-base a que corresponder a omissão.

ESCRITURAÇÃO COMERCIAL E FISCAL. NÃO APRESENTAÇÃO.

O imposto será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado quando o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Data do fato gerador: 31/01/2005, 28/02/2005, 31/03/2005, 30/04/2005, 31/05/2005, 30/06/2005, 31/07/2005, 31/08/2005, 30/09/2005, 31/10/2005, 30/11/2005, 31/12/2005, 31/01/2006, 28/02/2006, 31/03/2006, 30/04/2006, 31/05/2006, 30/06/2006, 31/07/2006, 31/08/2006, 30/09/2006, 31/10/2006, 30/11/2006, 31/12/2006, 31/01/2007, 28/02/2007, 31/03/2007, 30/04/2007, 31/05/2007, 30/06/2007, 31/07/2007, 31/08/2007, 30/09/2007, 31/10/2007, 30/11/2007, 31/12/2007

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO. DESCABIMENTO.

Incabível a exclusão do valor devido a título de ICMS da base de cálculo das contribuições à Cofins, pois aludido valor é parte integrante do preço das mercadorias e dos serviços prestados, exceto quando for cobrado pelo vendedor dos bens ou pelo prestador dos serviços na condição de substituto tributário.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Data do fato gerador: 31/01/2005, 28/02/2005, 31/03/2005, 30/04/2005, 31/05/2005, 30/06/2005, 31/07/2005, 31/08/2005, 30/09/2005, 31/10/2005, 30/11/2005, 31/12/2005, 31/01/2006, 28/02/2006, 31/03/2006, 30/04/2006, 31/05/2006, 30/06/2006, 31/07/2006, 31/08/2006, 30/09/2006, 31/10/2006, 30/11/2006, 31/12/2006, 31/01/2007, 28/02/2007, 31/03/2007, 30/04/2007, 31/05/2007, 30/06/2007, 31/07/2007, 31/08/2007, 30/09/2007, 31/10/2007, 30/11/2007, 31/12/2007

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO. DESCABIMENTO.

Incabível a exclusão do valor devido a título de ICMS da base de cálculo das contribuições ao PIS/Pasep e à Cofins, pois aludido valor é parte integrante do preço das mercadorias e dos serviços prestados, exceto quando for cobrado pelo vendedor dos bens ou pelo prestador dos serviços na condição de substituto tributário.

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Data do fato gerador: 31/01/2005, 28/02/2005, 31/03/2005, 30/04/2005, 31/05/2005, 30/06/2005, 31/07/2005, 31/08/2005, 30/09/2005, 31/10/2005, 30/11/2005, 31/12/2005

LANÇAMENTO. JULGAMENTO. NORMAS APLICÁVEIS. IMPOSTO DE RENDA.

As normas relativas ao imposto de renda devem ser aplicadas na determinação e exigência dos créditos tributários devidos em conformidade com o Simples.

RECEITA BRUTA BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO.

Os optantes pelo Simples podem excluir da base de cálculo apenas o valor referente às vendas canceladas e aos descontos incondicionais concedidos.

LIMITE DE RECEITA BRUTA. ULTRAPASSAGEM. EXCLUSÃO DO SIMPLES. ANO-CALENDÁRIO SUBSEQÜENTE.

O contribuinte, cuja receita bruta ultrapassa o limite estabelecido pela legislação do Simples, deve ser excluído deste sistema de tributação no ano-calendário subsequente ao que ocorrer o excesso de receita.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 31/01/2005, 28/02/2005, 31/03/2005, 30/04/2005, 31/05/2005, 30/06/2005, 31/07/2005, 31/08/2005, 30/09/2005, 31/10/2005, 30/11/2005, 31/12/2005, 31/03/2006, 30/06/2006, 30/09/2006, 31/12/2006, 31/03/2007, 30/06/2007, 30/09/2007, 31/12/2007

CRÉDITO VENCIDO. JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

Os créditos Tributários vencidos e ainda não pagos devem ser acrescidos de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic).

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA. LEGALIDADE.

A multa de ofício, sendo parte integrante do crédito tributário, está sujeita à incidência dos juros de mora a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CONFISCO.

O crédito tributário lançado está de acordo com a legislação de regência, sendo incabível à instância administrativa manifestar-se a respeito de eventual alegação de afronta ao princípio da vedação ao confisco.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os membros da 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo, por unanimidade de votos, julgar IMPROCEDENTES as impugnações apresentadas em

relação aos lançamentos discutidos neste processo, e IMPROCEDENTE a manifestação de inconformidade contra o Ato Declaratório Executivo DRF/LIM nº 61/2010.

Recurso Voluntário

Notificada em 30.03.2017, e-fls. 577-643, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 27.04.2017, e-fls. 644-647, esclarecendo a peça atende aos pressupostos de admissibilidade. Discorre sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurge.

Relativamente aos fundamentos de fato e de direito aduz que:

II- DAS RAZÕES PARA REFORMA

II.a. decadência.

Ao contrário do entendimento estampado na r. decisão recorrida, estamos diante de decadência parcial.

Isto porque o artigo 150 do Código Tributário Nacional dispõe acerca do prazo decadencial do Fisco para constituir o crédito tributário, nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação. Pelo menos é isso o que dispõe esse dispositivo legal [...].

Vale dizer, o Fisco tem o prazo de cinco anos para efetuar o lançamento de ofício, a contar da ocorrência do fato gerador, quando o tributo está sujeito a lançamento por homologação, também denominado pela doutrina como "autolancamento".

No caso em tela, o período de janeiro a setembro de 2005 foi atingido pela decadência, vez que a autuação somente foi concluída em 25 de outubro de 2010; ou seja, após ter fluído mais de cinco anos da ocorrência dos fatos geradores, sendo certo ainda que todos os tributos constituídos, quais sejam, IRPJ, CSLL, COFINS e PIS, estão sujeitos à modalidade de lançamento por homologação. [...]

Portanto, não restam dúvidas de a maior parte do débito fiscal lançado no presente processo administrativo, qual seja, o período de janeiro a setembro de 2005, foi alcançado pela decadência, de forma que o respectivo crédito tributário foi extinto, nos moldes do art. 156. inciso V, do CTN.

II.b. Nulidade do Auto de Infração - Obtenção de prova ilícita por ofensa ao Princípio Constitucional do Sigilo.

As provas contra a Recorrente encontram respaldo na Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, regulamentada pelo Decreto nº 3.724, de mesma data, ambos voltados à abertura do sigilo bancário dos contribuintes.

Tais informações são protegidas pela garantia constitucional do sigilo de dados, estampada no art. 5º inciso XII, da Constituição da República, razão pela qual se mostra evidente a violação de direito da Recorrente, pois está se valendo o Fisco de

dados, resguardados por sigilo constitucional, de terceira pessoa. para, assim, atingir a Recorrente.

Ora, a própria fiscalização, diante da negativa da Recorrente, fazendo tábua rasa do preceito constitucional, adquiriu os extratos bancários diretamente das instituições financeiras, sem ordem judicial.

Como se viu, o Fisco pretende obter informações, seja diretamente com o contribuinte, seja por intermédio das instituições bancárias, da vida particular dos contribuintes-correntistas, tais como débitos em conta corrente, pagamentos, saques, transferências, aplicações. etc.

Todavia, dispõem os incisos X e XII, ambos do artigo 5º da Constituição Federal: [...].

Não se pretende afirmar, com isso, que o direito ao sigilo de dados e à intimidade seja absoluto; ao contrário, é evidente que tais direitos, como qualquer outro — inclusive o maior deles: o direito à vida — são relativos, podendo e devendo ceder lugar em algumas situações, como, aliás, vem se posicionando nossa doutrina e jurisprudência, inclusive do STF.

Vê-se, pois, que a questão se coloca em termos de conflito entre dois ou mais direitos: o individual, aqui defendido, e o interesse público coletivo na investigação criminal.

E aqui chegamos ao ponto fundamental a ORDEM JUDICIAL que é o único instrumento legítimo, imparcial e confiável na avaliação das circunstâncias concretas ensejadoras de uma possível quebra do sigilo bancário.

Portanto, nem mesmo a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, tem o condão de tornar o Fisco Federal independente de autorização judicial, ou seja, não pode afastar o prévio exame do Poder Judiciário sobre o cabimento da quebra do sigilo, transferindo tal prerrogativa à própria administração pública, aos próprios INTERESSADOS na suposta "investigação".

Isto porque, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, e colocando tais direitos (sigilo bancário X interesse coletivo na persecução penal) em comparação, verifica-se que somente a apuração de crimes justifica o afastamento. POR ORDEM JUDICIAL, do sigilo bancário. Somente este interesse público é mais relevante do que o direito individual do cidadão.

O entendimento é sedimentado em nosso ordenamento jurídico, no sentido de que o sigilo bancário só deve ser aberto por decisão judicial ou nos casos, limitadíssimos, de algum órgão ser, por expressa menção da Constituição, equiparado ao Judiciário, como é o caso das Comissões Parlamentares de Inquérito (artigo 58, § 3º, CF/88). [...]

Diante do exposto, é de rigor que se verifique que todo o procedimento fiscal já nasceu NULO DE PLENO DIREITO porque não observou direitos constitucionais básicos inerentes ao cidadão. Requer-se, portanto, a nulidade do processo fiscal

em epígrafe, já que se valendo de dados obtidos de forma ilegal, lavrou auto de infração contra a Recorrente. Trata-se de evidente utilização de prova ilícita, que contamina, consequentemente, todas as demais provas e atos decorrentes.

III.c. Ilegalidade. Quebra do Sigilo Bancário Art. 6º, Lei Complementar n. 105/2001.

Além da inconstitucionalidade da quebra do Sigilo Bancário sem autorização judicial, convém esclarecer que a fiscalização não cumpriu as disposições do Art. 6º, Lei Complementar n. 105/2001, sendo ilegal a quebra do sigilo bancário realizada.

A quebra do sigilo bancário deu-se em desconformidade com o art. 6º da Lei Complementar n. 105/2001, que exige ato administrativo da Delegacia da Receita Federal justificando as razões para sua quebra. Mais do que isso, a fundamentação para quebra deve demonstrar a indispensabilidade de tal ato. Sendo assim, há evidente ilicitude em referida conduta, pois a Lei Complementar n. 105/2001 em seu "caput" do art. 6º [...].

Por sua vez, o Decreto n. 3724/2001, preceitua em seu art. 2º que: "A Secretaria da Receita Federal, por intermédio de servidor ocupante do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal, somente poderá examinar informações relativas a terceiros, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive os referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis. Ora, no presente caso, não se encontram presentes os requisitos legais para a quebra administrativa do sigilo bancário. A fiscalização apenas afirma que solicitou as informações bancárias diretamente as instituições financeiras, diante da negativa do contribuinte.

Não houve ato administrativo, devidamente fundamentado em razões fáticas e jurídicas, conforme legislação vigente, expedido por Coordenador-Geral, Superintendente, Delegado ou Inspetor, integrante da estrutura de cargos e funções da Secretaria da Receita Federal, que possa legitimar quebra de sigilo realizada. [...]

Não houve no presente caso, conforme se podem verificar do auto de infração e da fiscalização o cumprimento das determinações legais. Desde o início, já se valeu da quebra do sigilo bancário e de dados para fins de fiscalização e lançamento tributário, sem observar a legislação regente.

A fiscalização já iniciou com o pedido de apresentação dos extratos bancários, em total inversão ao disposto na legislação. Não ficou demonstrada a imprescindibilidade das informações bancárias.

Vale dizer, na primeira intimação já foram solicitadas as informações bancárias, por mera comodidade da fiscalização. Todo o processo baseou-se unicamente nos extratos bancários, sem em nenhum momento ser demonstrada a sua imprescindibilidade.

Em tais condições, há evidente ilegalidade do ato de quebra de sigilo bancário, eis que não se observou o art. 6º da Lei Complementar n. 105/2001, em específico, ato administrativo expedido por autoridade competente apresentando razões táticas e jurídicas indispensáveis à quebra do sigilo bancário.

II.d. Presunção de Omissão de Receitas.

Ainda que superadas as questões elencadas quanto às nulidades, quanto ao mérito, o Auto de Infração também não merece prosperar. Como cediço, de conformidade com o art. 142, do Código Tributário Nacional, é de competência privativa da autoridade administrativa constituir o crédito tributário, mediante ato administrativo do lançamento, devendo verificar a ocorrência do fato impositivo tributário, determinando a matéria tributável, o montante do tributo devido, identificando o sujeito passivo. [...]

Ocorre, porém, que, no presente caso, a autoridade administrativa lavrou auto de infração tendo, exclusivamente, por supedâneo, a mera presunção, sem demonstrar, cabalmente, como era de sua competência, os elementos que compõem o fato tributário. Isto porque, como já referido por José Eduardo Soares de Melo, o ônus de demonstrar os elementos que deram ensejo à ocorrência do fato gerador é do Poder Público.

Em tais condições, não seria possível a autoridade administrativa, por meras conjecturas, lavrar auto de infração contra a Recorrente.

Deveras, a autoridade administrativa preferiu, ao seu livre talante, em detrimento da ordem jurídica, adotar presunção "ad hominis", que nem mesmo é legal. [...]

Destarte, não basta a simples presunção "ad hominis" levantada pela autoridade administrativa de que houve omissão de receitas para dar fundamento ao auto de infração lavrado.

É preciso que a fiscalização apresente ELEMENTOS COMPROBATÓRIOS SEGUROS da suposta omissão de receitas, o que não foi feito. Estamos, indubitavelmente, diante de um caso em que as autoridades fiscalizadoras buscaram recurso na presunção para fundamentar a autuação imposta ao Recorrente, o que é arbitrário, inadmissível e ilegal.

Em remate, por epítrope, mesmo que seja admitida a presunção da autoridade administrativa, cumpre esclarecer que é relativa ("jús tantum"), cabendo prova em contrário, como há de se demonstrar.

Portanto, possível concluir-se que o auto de infração impugnado é fruto de mera presunção "ad hominis", sem embasamento em prova que possa vaticinar a conduta praticada pela autoridade administrativa, sendo de rigor sua insubsistência, uma vez que estamos diante de um Estado Democrático de Direito. Assim sendo, na rara e improvável hipótese de serem superados os argumentos acima, requer-se a realização da competente prova pericial.

II.e. Omissão de receitas - Depósitos bancários não contabilizados.

Acaso superadas as alegações acima, é preciso também ter em mente que, para a apuração de renda (no sentido do artigo 43 do CTN, como aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica), pesam preponderantemente o confronto entre entradas e despesas, ambas devidamente identificadas.

Contudo, no Relatório Fiscal integrante do Auto de Infração, o Sr. Fiscal não disfarça o fato de ter se esquecido das despesas, pois, em nenhum momento, faz alusão a elas.

Somente por isso, já resta evidente a total inconsistência do Auto de Infração lavrado contra o Recorrente.

Noutro giro, o lançamento com base em extratos bancários vem sendo rechaçado pela jurisprudência. Como se sabe, no giro bancário, o valor atual contém o valor anterior.

E mais, os valores indicados em extrato bancário correspondem, sempre, à movimentação do dinheiro, e não à "renda" efetivamente percebida. Trata-se da "fotografia" estática de uma situação, que não guarda qualquer correspondência com a identificação da "renda" do correntista.

Os valores espelhados nos extratos bancários, que serviram de base para a autuação, representam O MESMO DINHEIRO, que foi e voltou da conta inúmeras e repetidas vezes.

Ademais, conforme informado durante a fiscalização, embora discorde da irregular quebra do sigilo bancário, fato é que a fiscalização não realizou a exclusão de diversas movimentações financeiras evidentemente equivocadas: (I) Transferência entre contas; (II) valores recebidos como liberação de financiamento ou empréstimos - FINAME; e (III) cheques devolvidos;

(iv) — depósitos de cheques do próprio favorecido, que se assemelha à transferência entre contas. [...]

Assim, como a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica, a que se reporta o artigo 43 do Código Tributário Nacional, deve ser efetiva, não há margem para manutenção do lançamento.

II. f. Tributação Reflexa - PIS, COFINS e CSLL.

A Recorrente reitera todos os argumentos já ventilados quanto às demais matérias, negando totalmente o crédito tributário constituído.

Porém, existem matérias que devem ser discutidas de plano.

II.f.1. Presunção de Omissão de Receitas - PIS/COFINS e CSLL -Falta de previsão legal.

No presente caso, o auto de infração foi lavrado exclusivamente, por supedâneo, a mera presunção, com fulcro no artigo 42 da Lei nº 9.430/1996. Porém, referido artigo somente permite a presunção para efeitos de apuração de eventual omissão de renda e a consequente apuração do imposto sobre a renda.

A presunção, por falta de previsão legal, não pode ser estendida para a tributação de PIS, COFINS, CSLL e dos demais tributos.

Para comprovar a falta de previsão legal, somente com a edição da Lei nº 11.941/2009 (MP 449/2008), há previsão legal para a presunção de omissão receitas para as contribuições sociais [...].

Desta forma, somente após a edição da Lei nº 11.941/2009 (MP 499/2008), é permitido a aplicação da presunção legal de omissão de receitas para fins apuração do PIS, da COFINS e da CSLL.

Portanto, de rigor a insubsistência do Auto de Infração lavrado quanto ao PIS, COFINS e CSLL, por falta de previsão legal para presunção de omissão de receitas.

II.f.2. Da indevida inclusão do ICMS na Base de Cálculo do PIS e da COFINS.

O Supremo Tribunal Federal manifestou-se no sentido de que o ICMS não pode compor a base de cálculo do PIS e da COFINS incidentes sobre o faturamento das empresas (conforme previsão das Leis Complementares 07/70 e 70/91).

Tal assertiva reside no fato de que o valor do ICMS apenas transita pelo caixa das empresas, o qual, uma vez arrecadado, haverá de ser repassado aos cofres dos Estados.

ALIÁS, INSTADO A SE PRONUNCIAR SOBRE O TEMA, O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, QUANDO DO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 240.785-2, POR MAIORIA DE VOTOS JÁ DECLAROU INCONSTITUCIONAL A INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. [...]

Ora, esse é o entendimento recente de nossa mais alta corte de justiça, em decisão recentíssima, ou seja, imposto não pode servir de base de cálculo para contribuição.

II.g. Da alíquota zero de Pis e de Cofins.

O auto de infração no que tange ao lançamento de PIS e de Cofins está baseado em legislação equivocada, incorrendo em vício material, que implica na nulidade de todo o procedimento fiscal quanto a esses tributos.

Referida matéria, inclusive, pode ser conhecida de ofício, na exata dicção do artigo 149 do CTN.

Isto porque o artigo 28, inciso III da lei 10.865/2004 é taxativo no sentido de que os produtos hortícolas e frutas, classificados nos Capítulos 7 e 8 da TIPI e ovos, possuem alíquota zero do PIS e da COFINS [...].

Essa redução também é do entendimento expresso das autoridades fiscais, encontrado no sítio da Receita Federal do Brasil, no texto explicativo sobre os regimes de incidência do PIS/PASEP e a COFINS [...].

Para que inexistam dúvidas, a Recorrente é uma empresa que comercializa produtos Hortifruti, estando classificada perante a DRFB em seu CNPJ com o CNAE 46.33-8-01 - Comércio atacadista de frutas, verduras, raízes, tubérculos, hortaliças

e legumes frescos, ou seja, que comercializa produtos única e exclusivamente hortifrutigranjeiros. [...]

Portanto, demonstrado o equívoco no lançamento, o Auto de Infração deve ser anulado, ao, ao menos, julgados improcedentes os lançamentos referentes ao PIS e a COFINS.

Note-se que os produtos comercializados pela Recorrente são exatamente os mesmos albergados pela alíquota zero. A relação em anexo, faz essa demonstração.

Ademais, como citado acima, uma simples análise do contrato social e do seu cartão CNPJ (CNAE - 46.33-8-01 - Comércio atacadista de frutas, verduras, raízes, tubérculos, hortaliças e legumes frescos) e da própria essência do conceito de Hortícola e Frutícula já demonstra que a totalidade dos seus produtos estão sujeitos à alíquota zero.

A visita nas dependências da empresa e a constatação pelo agente fiscal de sua atividade, poderia demonstrar esse fato. Aliás, essa condição deveria ter sido feita pelo Fisco, uma vez que, pela análise do artigo 142 do CTN, a prova inicial para um lançamento tributário compete a ele e não ao contribuinte.

Mesmo assim os documentos anexos comprovam essa alegação e, mais que isso, como a prova não foi feita pelo D. Agente Fiscal, tendo esse fato ficado claro na r. decisão recorrida, deve o auto de PIS e de COFINS ser cancelado ou, quando muito, convertido em diligência para se fazer corretamente essa prova.

O entendimento dentro da própria Receita Federal do Brasil é nesse sentido, conforme Soluções de Consulta nºs 173 e 202 da COSIT, anexas a presente e perfeitamente aplicáveis aos casos onde a alíquota é zero.

É o que basta para demonstra que, com relação ao PIS e a COFINS a exigência fiscal deve ser cancelada.

Esse cancelamento é de rigor, uma vez que ofende-se o disposto no artigo 10, III e IV do Decreto 70.235/72 [...].

Em nenhum momento, do auto de infração e do relatório fiscal, cita-se a legislação acerca da alíquota zero de PIS e de COFINS — inciso III da Lei 10.865/2004, numa clara demonstração de nulidade.

Diante do exposto, é claro a alíquota zero de PIS e COFINS, decorrentes da venda no mercado interno dos produtos comercializados pela Recorrente e o consequente cancelamento dos valores cobrados relativos a esses tributos.

II. g. Dos Juros Selic Aplicados.

Os juros são devidos à razão de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do artigo 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, sendo de total improcedência o lançamento realizado.

Tal entendimento tem como pressuposto o fato de que a taxa de 1% (um por cento), prevista no referido dispositivo legal, é limite máximo para sua fixação, e não mero parâmetro para tanto.

É que não apenas a concretização do fato tributário exige a descrição rigorosa dos seus elementos constitutivos, mas também os encargos a que os contribuintes são submetidos em caso de inadimplência. Trata-se de uma questão de segurança jurídica.

Admitir, em matéria tributária, que os juros sejam equivalentes a taxas do mercado financeiro, implica admitir também que o valor final da obrigação seja fixado pelo próprio Ente Tributante, que controla aludido mercado, e não pelo Poder Legislativo, numa demonstração inequívoca de desrespeito ao artigo 150, inciso I, da Constituição Federal.

Ademais, o artigo 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, é expresso no sentido de que se a Lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora serão calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês.

No Direito Tributário a segurança jurídica exige que a lei contenha em si mesma não só o fundamento da decisão, mas também o próprio critério de como decidir. Em outras palavras, a tipificação há de incidir tanto nas situações jurídicas iniciais como nas finais, conforme restou salientado.

II.h. Da multa confiscatória aplicada.

Por outra banda, a multa aplicada, no auto de infração, ofende aos princípios da razoabilidade ou proporcionalidade (art. 50, inciso LIV) e da proibição do confisco (art. 150, inciso IV), previstos na Constituição Federal.

Isto porque, o valor da multa é de evidente a irrazoabilidade e o confisco, principalmente pelo fato de que o Recorrente, em momento algum, sonegou as informações solicitadas. [...]

II.i. Da não incidência de juros sobre a multa.

Conforme se observa das informações contidas no Auto de Infração lavrado, haverá incidência de juros SELIC sobre o montante cobrado a título de multa.

No entanto, não procede a incidência de juros sobre a multa de ofício lançada, na medida em que, por definição, se os juros remuneram o credor por ficar privado do uso de seu capital [...].

O próprio CTN dispõe art. 161. que o crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora. A multa lançada diz respeito a uma penalidade aplicada ao devedor, que nada tem a ver com o capital do qual o credor foi privado de utilizar, esse sim passível de incidência de juros.

Ademais, não existe previsão legal para a incidência dos juros sobre a multa, o que contraria o disposto no art. 97, V, do CTN, bem como o disposto no art. 5º,

inciso II, da Constituição Federal de 1988, razão pela qual os juros sobre a multa lançada não podem prosperar.

II.j. Impossibilidade de cobrança do ICMS.

Ao final, notamos que há exigência pela Receita Federal do ICMS, todavia, somente a Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo/SP teria competência para tal exigência.

Com o objetivo de fundamentar as razões apresentadas na peça de defesa, interpreta a legislação pertinente, indica princípios constitucionais que supostamente foram violados e faz referências a entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em seu favor.

No que concerne ao pedido conclui que:

III. DO PEDIDO

Em tais condições, é possível extrair-se ilação no sentido de que impossível a cobrança da forma pretendida pelo fisco, principalmente pela existência de precedentes do CARF, afastando a tributação de PIS e Cofins em casos como o presente, uma vez que estamos diante de alíquota zero, conforme previsto no artigo 28, inciso III, da Lei 10.865/2004 incidentes sobre a receita bruta decorrente da venda, no mercado interno, de produtos hortícolas e frutas, classificados nos Capítulos 7 e 8, e ovos, classificados na posição 04.07. todos da TIPI.

POSTO ISTO, requer seja conhecido e provido o recurso, especialmente, para se julgar improcedente o auto de infração lavrado, tendo em vista sua insubsistência, como medida de legalidade.

É o Relatório.

VOTO

Conselheira Carmen Ferreira Saraiva, Relatora.

Tempestividade

O recurso voluntário apresentado pela Recorrente atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, em especial no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, inclusive para os fins do inciso III do art. 151 do Código Tributário Nacional. Assim, dele tomo conhecimento.

Nulidade do Auto de Infração e da Decisão de Primeira Instância

A Recorrente alega que os atos administrativos são nulos arguindo que foram violados princípios constitucionais e ainda que o lançamento de ofício de ICMS é de competência estadual.

Compete analisar a objeção de nulidade do ato administrativo por ser matéria de ordem pública que pode ser conhecida a requerimento da parte ou de ofício, a qualquer tempo e em qualquer instância de julgamento. Cabe ressaltar que no presente processo não houve a constituição do crédito tributário de ICMS pelo lançamento de ofício (art. 155 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), de 1988).

No que se refere ao sigilo bancário, a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), de 1988, ordena:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...]

XII - e inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

A Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, determina:

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

O Supremo Tribunal Federal (STF) proferiu o Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 601314/SP, Tema 225, com trânsito em julgado em 11.10.2016 (art. 99 do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023 e art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999) no seguinte sentido:

Tese I - O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal; II - A Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, §1º, do CTN.

1. O litígio constitucional posto se traduz em um confronto entre o direito ao sigilo bancário e o dever de pagar tributos, ambos referidos a um mesmo cidadão e de caráter constituinte no que se refere à comunidade política, à luz da finalidade precípua da tributação de realizar a igualdade em seu duplo compromisso, a autonomia individual e o autogoverno coletivo.
2. Do ponto de vista da autonomia individual, o sigilo bancário é uma das expressões do direito de personalidade que se traduz em ter suas atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como arbitrárias ou ilegais, de quem quer que seja, inclusive do Estado ou da própria instituição financeira.
3. Entende-se que a igualdade é satisfeita no plano do autogoverno coletivo por meio do pagamento de tributos, na medida da capacidade contributiva do contribuinte, por sua vez vinculado a um Estado soberano comprometido com a satisfação das necessidades coletivas de seu Povo.
4. Verifica-se que o Poder Legislativo não desbordou dos parâmetros constitucionais, ao exercer sua relativa liberdade de conformação da ordem jurídica, na medida em que estabeleceu requisitos objetivos para a requisição de informação pela Administração Tributária às instituições financeiras, assim como manteve o sigilo dos dados a respeito das transações financeiras do contribuinte, observando-se um traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal.
5. A alteração na ordem jurídica promovida pela Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, uma vez que aquela se encerra na atribuição de competência administrativa à Secretaria da Receita Federal, o que evidencia o caráter instrumental da norma em questão. Aplica-se, portanto, o artigo 144, §1º, do Código Tributário Nacional.
6. Fixação de tese em relação ao item “a” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: “O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal”.
7. Fixação de tese em relação ao item “b” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: “A Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, §1º, do CTN”. 8. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) proferiu o Recurso Especial Repetitivo nº 1134665/SP, Tema 275, com trânsito em julgado em 25.11.2009 (art. 99 do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023 e art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999) no seguinte sentido:

Tese Jurídica "As leis tributárias procedimentais ou formais, conducentes à constituição do crédito tributário não alcançado pela decadência, são aplicáveis a fatos pretéritos, razão pela qual a Lei 8.021/90 e a Lei Complementar 105/2001, por envolverem essa natureza, legitimam a atuação fiscalizatória/investigativa da Administração Tributária, ainda que os fatos imponíveis a serem apurados lhes sejam anteriores". [...]

1. A quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de crédito tributário não extinto, é autorizada pela Lei 8.021/90 e pela Lei Complementar 105/2001, normas procedimentais, cuja aplicação é imediata, à luz do disposto no artigo 144, § 1º, do CTN.

2. O § 1º, do artigo 38, da Lei 4.595/64 (revogado pela Lei Complementar 105/2001), autorizava a quebra de sigilo bancário, desde que em virtude de determinação judicial, sendo certo que o acesso às informações e esclarecimentos, prestados pelo Banco Central ou pelas instituições financeiras, restringir-se-iam às partes legítimas na causa e para os fins nela delineados.

3. A Lei 8.021/90 (que dispôs sobre a identificação dos contribuintes para fins fiscais), em seu artigo 8º, estabeleceu que, iniciado o procedimento fiscal para o lançamento tributário de ofício (nos casos em que constatado sinal exterior de riqueza, vale dizer, gastos incompatíveis com a renda disponível do contribuinte), a autoridade fiscal poderia solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no artigo 38, da Lei 4.595/64.

4. O § 3º, do artigo 11, da Lei 9.311/96, com a redação dada pela Lei 10.174, de 9 de janeiro de 2001, determinou que a Secretaria da Receita Federal era obrigada a resguardar o sigilo das informações financeiras relativas à CPMF, facultando sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente.

5. A Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001, revogou o artigo 38, da Lei 4.595/64, e passou a regular o sigilo das operações de instituições financeiras, preceituando que não constitui violação do dever de sigilo a prestação de informações, à Secretaria da Receita Federal, sobre as operações financeiras efetuadas pelos usuários dos serviços (artigo 1º, § 3º, inciso VI, c/c o artigo 5º, caput, da aludida lei complementar, e 1º, do Decreto 4.489/2002).

6. As informações prestadas pelas instituições financeiras (ou equiparadas) restringem-se a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados (artigo 5º, § 2º, da Lei Complementar 105/2001).

7. O artigo 6º, da lei complementar em tela, determina que: "Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente".

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária."

8. O lançamento tributário, em regra, reporta-se à data da ocorrência do fato ensejador da tributação, regendo-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada (artigo 144, caput, do CTN).

9. O artigo 144, § 1º, do Codex Tributário, dispõe que se aplica imediatamente ao lançamento tributário a legislação que, após a ocorrência do fato imponible, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.

10. Consequentemente, as leis tributárias procedimentais ou formais, conducentes à constituição do crédito tributário não alcançado pela decadência, são aplicáveis a fatos pretéritos, razão pela qual a Lei 8.021/90 e a Lei Complementar 105/2001, por envergarem essa natureza, legitimam a atuação fiscalizatória/investigativa da Administração Tributária, ainda que os fatos imponíveis a serem apurados lhes sejam anteriores (Precedentes da Primeira Seção: EREsp 806.753/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 22.08.2007, DJe 01.09.2008; EREsp 726.778/PR, Rel. Ministro Castro Meira, julgado em 14.02.2007, DJ 05.03.2007; e EREsp 608.053/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 09.08.2006, DJ 04.09.2006).

11. A razoabilidade restaria violada com a adoção de tese inversa conducente à conclusão de que Administração Tributária, ciente de possível sonegação fiscal, encontrar-se-ia impedida de apurá-la.

12. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 facultou à Administração Tributária, nos termos da lei, a criação de instrumentos/mecanismos que lhe possibilitassem identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, respeitados os direitos individuais, especialmente com o escopo de conferir efetividade aos princípios da pessoalidade e da capacidade contributiva (artigo 145, § 1º).

13. Destarte, o sigilo bancário, como cediço, não tem caráter absoluto, devendo ceder ao princípio da moralidade aplicável de forma absoluta às relações de direito público e privado, devendo ser mitigado nas hipóteses em que as

transações bancárias são denotadoras de ilicitude, porquanto não pode o cidadão, sob o alegado manto de garantias fundamentais, cometer ilícitos. Isto porque, conquanto o sigilo bancário seja garantido pela Constituição Federal como direito fundamental, não o é para preservar a intimidade das pessoas no afã de encobrir ilícitos.

14. O suposto direito adquirido de obstar a fiscalização tributária não subsiste frente ao dever vinculativo de a autoridade fiscal proceder ao lançamento de crédito tributário não extinto.

15. *In casu*, a autoridade fiscal pretende utilizar-se de dados da CPMF para apuração do imposto de renda relativo ao ano de 1998, tendo sido instaurado procedimento administrativo, razão pela qual merece reforma o acórdão regional.

16. O Supremo Tribunal Federal, em 22.10.2009, reconheceu a repercussão geral do Recurso Extraordinário 601.314/SP, cujo *thema iudicandum* restou assim identificado: "Fornecimento de informações sobre movimentação bancária de contribuintes, pelas instituições financeiras, diretamente ao Fisco por meio de procedimento administrativo, sem a prévia autorização judicial. Art. 6º da Lei Complementar 105/2001." 17. O reconhecimento da repercussão geral pelo STF, com fulcro no artigo 543-B, do CPC, não tem o condão, em regra, de sobrestar o julgamento dos recursos especiais pertinentes.

18. Os artigos 543-A e 543-B, do CPC, asseguram o sobrestamento de eventual recurso extraordinário, interposto contra acórdão proferido pelo STJ ou por outros tribunais, que verse sobre a controvérsia de índole constitucional cuja repercussão geral tenha sido reconhecida pela Excelsa Corte (Precedentes do STJ: AgRg nos REsp 863.702/RN, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 13.05.2009, DJe 27.05.2009; AgRg no Ag 1.087.650/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 18.08.2009, DJe 31.08.2009;

AgRg no REsp 1.078.878/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18.06.2009, DJe 06.08.2009; AgRg no REsp 1.084.194/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05.02.2009, DJe 26.02.2009; EDcl no AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 805.223/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 04.11.2008, DJe 24.11.2008; EDcl no AgRg no REsp 950.637/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 21.05.2008; e AgRg nos EDcl no REsp 970.580/RN, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 05.06.2008, DJe 29.09.2008).

19. Destarte, o sobrestamento do feito, ante o reconhecimento da repercussão geral do *thema iudicandum*, configura questão a ser apreciada tão somente no momento do exame de admissibilidade do apelo dirigido ao Pretório Excelso.

20. Recurso especial da Fazenda Nacional provido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

Tem-se que o sigilo bancário é um princípio constitucional não absoluto de realização da igualdade e da capacidade contributiva e o art. 6º da Lei Complementar nº 105, de

10 de janeiro de 2001, não o ofende ao estabelecer requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera do procedimento fiscal.

Os art. 97 e art. 100 do Código Tributário Nacional determinam que compõem a legislação tributária as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares. O Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999, que regulamenta a tributação, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza, compõe a legislação tributária e, tendo natureza regulamentar, é editado para a fiel execução das leis (art. 84 da Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB, de 1988).

O princípio da legalidade previsto no art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB, de 1988) determina que a lei define e estabelece os limites da atuação administrativa. Assim, a atuação da Administração Pública decorre da lei e os poderes que exerce o administrador público são regulamentados pelo ordenamento jurídico em vigor. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória ao ordenamento jurídico vigente, inclusive às determinações do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999, sob pena de responsabilidade funcional (art. 142 do Código Tributário Nacional). Ademais, “o lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada” (art. 144 do Código Tributário Nacional).

Nesse sentido, a autoridade administrativa constituiu o crédito tributário pelo lançamento de ofício no presente processo, assim entendido o procedimento administrativo tendente “a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível” (art. 142 do Código Tributário Nacional).

O Auto de Infração foi lavrado por servidor competente, contendo a qualificação do autuado, o local, a data e a hora da lavratura, a descrição do fato, a disposição legal infringida e a penalidade aplicável, a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias e a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula (art. 10 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972). Este ato administrativo está revestido das formalidades legais com a regular intimação para que a Recorrente pudesse cumpri-lo ou impugná-lo no prazo legal (art. 23 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972).

A decisão de primeira instância está motivada de forma explícita, clara e congruente, da qual a Recorrente foi validamente cientificada. Assim, estes atos contêm todos os requisitos legais, que lhes conferem existência, validade e eficácia.

As garantias ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes foram observadas, de modo que não restou evidenciado o cerceamento do direito de defesa que caracteriza a nulidade dos atos administrativos.

Cabe a aplicação do enunciado estabelecido nos termos do art. 123 do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023:

Súmula nº 162

O direito ao contraditório e à ampla defesa somente se instaura com a apresentação de impugnação ao lançamento. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 12.975, de 10/11/2021, DOU de 11/11/2021).

O enfrentamento das questões na peça de defesa denota perfeita compreensão da descrição dos fatos e dos enquadramentos legais que ensejaram os procedimentos de ofício, que foram regularmente analisados pela autoridade de primeira instância (inciso LIV e inciso LV do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, art. 6º da Lei nº 10.593, de 06 de dezembro de 2001, art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 59, art. 60 e art. 61 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972).

As autoridade fiscais agiram em cumprimento com o dever de ofício com zelo e dedicação as atribuições do cargo, observando as normas legais e regulamentares e justificando o processo de execução do serviço, bem como obedecendo aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência (art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei nº 9.784, de 21 de janeiro de 1999 e art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil).

Ainda sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal (STF) proferiu decisão em Repercussão Geral na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 791292/PE com trânsito em julgado em 28.02.2010, que deve ser reproduzido pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF, de acordo com o art. 99 do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023 e art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999:

O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.

Via de regra, na decisão devem ser enfrentados “todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” (art. 489 do Código de Processo Civil). Ocorre que o julgador não está obrigado a responder a todos os argumentos suscitados pelas partes, quando já tenha encontrado, sobre a matéria, motivo suficiente para proferir a decisão. Assim, a decisão administrativa não precisa enfrentar todos os argumentos trazidos na peça recursal sobre a mesma matéria, principalmente quando os fundamentos expressamente adotados são suficientes para afastar a pretensão da Recorrente e arrimar juridicamente o posicionamento adotado de ofício. Ademais, “na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção”, conforme preceitua o art. 29 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972.

Consta no Acórdão da 4ª Turma da DRJ/SPO/SP nº 16-75.447, de 20.01.2017, e-fls. 577-627, cujos fundamentos de fato e direito são acolhidos de plano nessa segunda instância de julgamento (art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e § 12º do art. 114 do Anexo do Regimento do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023):

II - NULIDADE (AI Simples Federal (ano-calendário 2005), AI Lucro Arbitrado (anos-calendário 2006 e 2007) e Ato de Exclusão do Simples Federal)

18. Preliminarmente, cabe ressaltar que é improcedente a preliminar de nulidade do Lançamento Fiscal e do Ato de Exclusão arguida pela impugnante, porquanto assim estatuem os artigos 59 e 60 do Decreto n.º 70.235, de 1972 (Processo Administrativo Fiscal – PAF).

Art. 59. São nulos;

I – os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II – os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

19. Do exame do dispositivo supra extrai-se que, no tocante ao lançamento e ao ADE, só pode haver nulidade se o ato for praticado por agente incompetente (inciso I), uma vez que a hipótese do inciso II do mesmo artigo, relativa a cerceamento do direito de defesa, alcança apenas os despachos e decisões, quando proferidos com inobservância do contraditório e da ampla defesa.

20. Quaisquer outras irregularidades, incorreções e omissões cometidas no auto de infração e no ADE não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

21. Não se evidencia nos autos a ocorrência de quaisquer das hipóteses mencionadas, tendo em vista que a descrição dos fatos é clara e precisa, não comportando qualquer dúvida quanto aos fatos imputados, bastando ler os históricos, os enquadramentos legais e os demonstrativos de apuração da multa, para se ter presente as circunstâncias que envolveram a lavratura dos AI. Não há, igualmente, qualquer irregularidade na emissão do ADE, que foi conduzida em consonância com a legislação de regência da matéria.

22. No que se relaciona à alegação específica efetuada pela impugnante, de que o procedimento fiscal já nasceu nulo de pleno direito, porque não observou direitos constitucionais básicos inerentes ao cidadão, já que se valeu de dados obtidos de forma ilegal (extratos bancários obtidos sem ordem judicial), a questão está devidamente esclarecida na análise da preliminar a seguir e, como se verá, não houve qualquer mácula na lavratura do AI a ensejar a sua nulidade.

23. Em questão específica atinente ao AI Lucro Arbitrado (anos-calendário 2006 e 2007) a requerente pugna que há nulidade em razão de o Ato de Exclusão ser ilegal, sendo sua exclusão com efeitos retroativos inconstitucional, o que implicaria em tributação no regime do Simples Federal. Acrescenta que há nulidade, ainda, em razão de a fiscalização não ter permitido à contribuinte, diante da indevida exclusão do Simples, ser tributado pelo regime do Lucro Real. Finaliza que o arbitramento é inaplicável já que o caso concreto não decorre de contabilidade imprestável.

24. Neste quesito cabe asseverar, como se verá a seguir e no tópico específico concernente ao Ato de Exclusão, não há qualquer irregularidade na sua emissão que enseje sua ilegalidade ou afronta a princípios constitucionais. Quanto à opção pelo Lucro Real, o questionamento é igualmente improcedente, porquanto, como restará plenamente esclarecido neste Voto, a contabilidade apresentada não permitiu a lavratura do AI no regime do Lucro Real, por ser imprestável para tanto.

25. Em relação ao Ato de Exclusão, a recorrente pugna que a Lei nº 9.784/1999 consagra, em seu art. 2º, “caput”, o dever de a Administração Pública motivar os atos administrativos expedidos, sendo que o inciso VII, parágrafo único, enfatiza a necessidade da indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão. Acrescenta que o art. 50, inciso II, dispõe que os atos administrativos devem ser igualmente motivados, com a indicação dos fundamentos factuais e jurídicos, sendo que o § 1º do mesmo artigo deixa claro que a motivação “deve ser explícita, clara e congruente”. Conclui que o Ato Declaratório Executivo DRF/LIM nº 61/2010 resolveu excluir a requerente do Simples por ultrapassar os limites da receita bruta, mas não há indicação dos períodos e valores que teriam superado o limite legal e dar ensejo à exclusão.

26. O Ato de Exclusão em referência conta com todos os elementos exigidos pela legislação citada pela defendente e, como se constatará na análise específica dos pressupostos que conduziram sua emissão, houve delimitação clara do período em que se verificou a superação do limite (R\$ 1.200.000,00) para permanência no regime simplificado (ano-calendário 2005), bem como da receita bruta apurada (R\$ 3.191.963,17).

27. Conclui-se, portanto, que não há como prosperar a veiculada tese de nulidade, uma vez que o auto de infração e o ADE foram lavrados por pessoa competente e estão perfeitos do ponto de vista formal, consoante as disposições legais do artigo 10 do Decreto n.º 70.235/1972, e lavrados em conformidade com o artigo 142 do Código Tributário Nacional (CTN).

III – Quebra do sigilo bancário e das garantias constitucionais.

28. No tocante à premissa levantada pela litigante de violação de seu sigilo bancário, quando da obtenção dos dados utilizados na consecução do lançamento ora questionado, por ter sido efetuado sem a devida autorização judicial, há que

se proceder ao exame de alguns dos artigos da Lei Complementar n.º 105, de 10 de janeiro de 2001.

29. A Lei Complementar n.º 105/2001, que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências, introduziu significativas modificações no instituto do sigilo bancário em relação a sua anterior disciplina, conferido pelo artigo 38 da Lei n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1964, ora revogado.

30. Para facilitar o exame da matéria, serão reproduzidos, a seguir, alguns dispositivos da Lei Complementar supra mencionada que dizem respeito ao fornecimento de informações à administração tributária da União, mais precisamente à Secretaria da Receita Federal, atual Secretaria da Receita Federal do Brasil, senão vejamos:

Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados. (...)

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo: (...)

III - o fornecimento das informações de que trata o § 2º do art. 11 da Lei n.º 9.311, de 24 de outubro de 1996; (...)

VI - a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9º desta Lei Complementar(...)

Art. 5º - O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.

§ 1º Consideram-se operações financeiras, para os efeitos deste artigo:

I – depósitos à vista e a prazo, inclusive em conta de poupança;

II – pagamentos efetuados em moeda corrente ou em cheques;

III – emissão de ordens de crédito ou documentos assemelhados;

IV – resgates em contas de depósitos à vista ou a prazo, inclusive de poupança;

V – contratos de mútuo;

VI – descontos de duplicatas, notas promissórias e outros títulos de crédito;

VII – aquisições e vendas de títulos de renda fixa ou variável;

VIII – aplicações em fundos de investimentos;

IX – aquisições de moeda estrangeira;

X – conversões de moeda estrangeira em moeda nacional;

XI – transferências de moeda e outros valores para o exterior;

XII – operações com ouro, ativo financeiro;

XIII - operações com cartão de crédito;

XIV - operações de arrendamento mercantil; e XV – quaisquer outras operações de natureza semelhante que venham a ser autorizadas pelo Banco Central do Brasil, Comissão de Valores Mobiliários ou outro órgão competente.

§ 2º - As informações transferidas na forma do caput deste artigo restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados. (...).

§ 4º - Recebidas as informações de que trata este artigo, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos.

§ 5º As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor.

Art. 6º - As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária. (...)

Art. 8º - O cumprimento das exigências e formalidades previstas nos artigos 4º, 6º e 7º, será expressamente declarado pelas autoridades competentes nas solicitações dirigidas ao Banco Central do Brasil, à Comissão de Valores Mobiliários ou às instituições financeiras. (...)

Art. 10. A quebra de sigilo, fora das hipóteses autorizadas nesta Lei Complementar, constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, aplicando-se, no que couber, o Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem omitir, retardar injustificadamente ou prestar falsamente as informações requeridas nos termos desta Lei Complementar.

Art. 11. O servidor público que utilizar ou viabilizar a utilização de qualquer informação obtida em decorrência da quebra de sigilo de que trata esta Lei Complementar responde pessoal e diretamente pelos danos decorrentes, sem prejuízo da responsabilidade objetiva da entidade pública, quando comprovado que o servidor agiu de acordo com orientação oficial. (grifos acrescidos)

31. Pela análise dos dispositivos transcritos, verifica-se que o artigo 1º, § 3º, reconhecendo a prevalência do interesse público e social sobre o interesse privado ou individual, excepciona, expressamente, da regra do sigilo bancário, os casos em que o fornecimento de informações e documentos alusivos a operações e serviços de instituições financeiras não constitui violação do dever de sigilo.

32. Assim, assegura a aludida Lei Complementar, no seu artigo 1º, § 3º, inciso III, que o fornecimento de informações à Secretaria da Receita Federal do Brasil pelas instituições financeiras, ou equiparadas, referentes à extinta Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (CPMF), necessárias à identificação dos contribuintes e dos valores das respectivas operações, nos termos do artigo 11, § 2º, da Lei n.º 9.311, de 24 de outubro de 1996, com redação dada pela Lei n.º 10.174/2001, não constitui violação do dever de sigilo bancário.

33. No mesmo sentido, prescreve a citada Lei, no seu artigo 1º, § 3º, VI, que não constitui violação do dever de sigilo a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos seus artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 10.

34. Tem-se que a atividade administrativa do lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, em face do disposto no parágrafo único do artigo 142 do CTN. Concomitantemente, a legislação retro transcrita excepciona o acesso às informações utilizadas pelo autuante, quando da lavratura dos autos de infração, à figura de quebra de sigilo bancário.

35. Portanto, se não houve, por todo o exposto, a quebra, mas a simples transferência à Secretaria da Receita Federal do Brasil e seus servidores do dever de preservar, sigilosamente, os dados financeiros da petionária, não há que se falar na necessidade de autorização judicial para o acesso, pela autoridade fiscal, a tais informações.

36. Levando-se em conta, por fim, que todas as determinações, precauções e garantias exigidas pela aludida Lei Complementar nº 105/2001, com o intuito de garantir a mais perfeita inviolabilidade, por terceiros, dos dados bancários do defendente foram, e estão sendo adotadas, no curso do presente procedimento, há que se considerar a exigência realizada pela Fazenda Pública como perfeitamente lícita e respaldada na lei.

37. Saliente-se que a Administração Pública está sujeita à observância estrita do princípio constitucional da legalidade, previsto no artigo 37, caput, de nossa Carta Magna, cabendo a ela, simplesmente aplicar as leis de ofício. Ou seja, deve tão-somente obedecê-las, cumpri-las, ou ainda, pô-las em prática.

38. Assevere-se, e ainda como restará esclarecido nas questões de mérito, que a requisição de extratos bancários às instituições financeiras foi precedida da solicitação dos mesmos à contribuinte, com inteira observância das normas reguladoras do Processo Administrativo Fiscal (PAF), no que particularmente se relaciona à forma e prazo para atendimento.

39. Quanto à alegação de que a LC nº 105/2001 não é compatível com a Constituição Federal/1988, é preciso delimitar a competência deste colegiado administrativo, ressaltando também o caráter vinculado da atividade fiscal. É o administrador um mero executor de Leis, não lhe cabendo questionar a legalidade ou constitucionalidade e aplicabilidade do comando legal. A análise de teses contra a constitucionalidade de Leis é privativa do Poder Judiciário. Neste sentido, veja-se o que dispõe o artigo 26 A do Decreto nº 70.235, de 06/03/1972:

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009) (...)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei no 10.522, de 19 de julho de 2002; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar no 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009) (grifos acrescidos)

40. Sobre este princípio vale transcrever as palavras do mestre Helly Lopes Meirelles: “O agente público fica inteiramente preso ao enunciado da Lei, em todas as suas especificações... a liberdade de ação do administrador é mínima, pois terá que se ater à enumeração minuciosa do Direito Positivo” (Meirelles, Helly Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 19ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, pág. 101).

41. Assevera-se, ainda, o disposto no artigo 7º da Portaria do Ministro da Fazenda nº 58, de 17 de março de 2006:

Art. 7º O julgador deve observar o disposto no art. 116, III, da Lei nº 8.112, de 1990, bem assim o entendimento da SRF expresso em atos normativos.

42. O artigo 116, inciso III, da Lei nº 8.112/1990 diz que é dever do servidor observar as normas legais e regulamentares. Neste contexto, a autoridade administrativa, por força de sua vinculação ao texto da norma legal e ao entendimento que a ele dá o Poder Executivo, deve limitar-se a aplicá-la, sem emitir qualquer juízo de valor acerca da sua constitucionalidade ou outros

aspectos de sua validade, como por exemplo, o princípio da razoabilidade, da proporcionalidade, da vedação constitucional ao confisco em matéria tributária, do princípio da capacidade contributiva, equidade, do princípio da individualização da pena, do princípio da legalidade tributária, da irretroatividade da lei tributária, moralidade, conceito de renda, isonomia, do princípio da propriedade, da não-repetição da sanção tributária e, por fim, da limitação constitucional ao poder de tributar.

43. Essa vinculação somente deixa de prevalecer quando a norma em discussão já tiver sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado ou em controle difuso, neste último caso desde que haja Resolução do Senado Federal retirando a norma inconstitucional do ordenamento jurídico.

Assim sendo, o Acórdão da 5ª Turma da DRJ/SPO/SP nº 16-73.579, de 14.06.2016, e-fls. 306-323, está perfeitamente motivado de forma explícita, clara e congruente e em harmonia com a legislação tributária.

Afastado está o cerceamento do direito de defesa que caracteriza a nulidade dos atos administrativos quando observadas as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes. Ainda não há se falar em obtenção de prova por meio ilícito. Logo não cabe razão a Recorrente.

Decadência

A Recorrente apresenta argumentos sobre a decadência.

Compete analisar a objeção de decadência por ser matéria de ordem pública que pode ser conhecida a requerimento da parte ou de ofício, a qualquer tempo e em qualquer instância de julgamento. Este instituto pode ser definido como a perda do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário pelo lançamento, tendo em vista decurso do lapso temporal de cinco anos previsto em lei. Inexistindo declaração prévia de condição de dívida do débito, e em se tratando de tributo sujeito ao lançamento por homologação, no caso em que o sujeito passivo efetue o pagamento antecipado sem a necessidade do exame prévio por parte da Administração Pública, o prazo decadencial começa a fluir da ocorrência do fato gerador. Por seu turno, comprovada a conduta qualificada pelo dolo, pela fraude, pela interposta pessoa ou pela simulação, bem como se verificada a inexistência do pagamento antecipado, o prazo de cinco anos se inicia a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (art. 142, art. 150 e art. 173 do Código Tributário Nacional). Por conseguinte, não há que se falar em decadência, instituto especial aplicável ao lançamento de ofício.

O Código Tributário Nacional determina:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa. [...]

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será êle de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado êsse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. [...]

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) proferiu o Recurso Especial Repetitivo nº 973733/SC, Tema 163, com trânsito em julgado em 12.08.2009 (art. 99 do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023 e art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999) no seguinte sentido:

Tese Jurídica "O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo inoocorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito". [...]

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo inoocorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs.. 163/210).

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde,

iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).

5. *In casu*, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação ex lege de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos imponíveis ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.

6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo.

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito.

A Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996, que vigorou até 30.06.2007, dispõe sobre o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte e institui o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples Federal. A pessoa jurídica que preenche as condições legais realiza a opção irretratável para todo o ano-calendário por meio eletrônico no mês de janeiro, até o seu último dia útil, produzindo efeitos a partir do primeiro dia. A optante deve efetivar o pagamento mensal do valor devido determinado mediante aplicação das alíquotas efetivas sobre a base de cálculo, ou seja, receita bruta auferida no mês, bem como apresentar a RFB anualmente declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais com natureza de confissão de dívida. Aplicam-se todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos tributos, desde que apuráveis com base nos livros e documentos a que estiverem obrigadas aquelas pessoas jurídicas.

Em conformidade com o Auto de Infração do ano-calendário de 2005 tem-se que foram considerados os seguintes pagamentos antecipados, e-fls. 02-65:

Tabela 01 – Pagamentos

Período de Apuração Ano-Calendário de 2005	Tributo	Valor – R\$
Janeiro	IRPJ	0,00
Fevereiro	IRPJ	68,39
Março	IRPJ	140,22
Abril	IRPJ	105,21
Maio	IRPJ	73,82
Junho	IRPJ	47,52
Julho	IRPJ	95,80
Agosto	IRPJ	64,28
Setembro	IRPJ	39,93
Outubro	IRPJ	72,98
Novembro	IRPJ	32,85
Dezembro	IRPJ	70,23
Janeiro	CSLL	0,00
Fevereiro	CSLL	175,37
Março	CSLL	215,72
Abril	CSLL	161,86
Maio	CSLL	113,57
Junho	CSLL	73,10
Julho	CSLL	70,46
Agosto	CSLL	98,90
Setembro	CSLL	60,66
Outubro	CSLL	111,51
Novembro	CSLL	50,54
Dezembro	CSLL	108,05
Janeiro	PIS	0,00
Fevereiro	PIS	68,39
Março	PIS	140,22
Abril	PIS	105,21
Maio	PIS	73,82
Junho	PIS	47,52
Julho	PIS	45,80
Agosto	PIS	64,28
Setembro	PIS	39,43
Outubro	PIS	72,48
Novembro	PIS	32,85
Dezembro	PIS	70,23
Janeiro	Cofins	0,00
Fevereiro	Cofins	350,74
Março	Cofins	431,44
Abril	Cofins	323,72
Maio	Cofins	227,14
Junho	Cofins	146,20
Julho	Cofins	140,91
Agosto	Cofins	197,79
Setembro	Cofins	121,31
Outubro	Cofins	223,03
Novembro	Cofins	101,09
Dezembro	Cofins	216,10

Janeiro	INSS	0,00
Fevereiro	INSS	424,39
Março	INSS	668,74
Abril	INSS	695,99
Maiο	INSS	488,35
Junho	INSS	314,33
Julho	INSS	302,96
Agosto	INSS	425,25
Setembro	INSS	260,82
Outubro	INSS	479,51
Novembro	INSS	217,33
Dezembro	INSS	464,61

No presente caso e tendo em vista os pagamentos efetuados, com relação aos fatos geradores ocorridos nos meses de fevereiro a setembro do ano-calendário de 2005, o início da contagem do prazo decadencial se rege pelo § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional:

- fevereiro - se inicia em 01.03.2005 e finda em 28.02.2010;
- março - se inicia em 01.04.2005 e finda em 31.03.2010;
- abril - se inicia em 01.05.2005 e finda em 30.04.2010;
- maio - se inicia em 01.06.2005 e finda em 31.05.2010;
- junho - se inicia em 01.07.2005 e finda em 30.06.2010;
- julho - se inicia em 01.08.2005 e finda em 31.07.2010;
- agosto - se inicia em 01.09.2005 e finda em 31.08.2010; e
- setembro - se inicia em 01.10.2005 e finda em 30.09.2010.

No presente caso, tem-se que a Recorrente teve ciência do Auto de Infração em 25.10.2010, e-fl. 04. Assim, o lançamento referente aos meses de fevereiro a setembro do ano-calendário de 2005 foram alcançados pela decadência, tendo em vista as antecipações de pagamentos.

Logo cabe razão em parte a Recorrente para reconhecer a decadência do lançamento de ofício referente aos meses de fevereiro a setembro do ano-calendário de 2005.

Diligência

A Recorrente diz que o prazo de produção de provas deve ser devolvido.

Sobre a diligência, vale esclarecer que no presente caso se aplicam as disposições do processo administrativo fiscal que estabelecem que a peça de defesa deve ser formalizada por escrito com inserção de todas as teses de defesa e instruída com os todos documentos em que se fundamentar. Opera-se a preclusão do direito de a Recorrente praticar este ato e apresentar novas razões em outro momento processual, salvo a ocorrência de quaisquer das circunstâncias ali previstas, tais como fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por

motivo de força maior, refira-se a fato ou a direito superveniente ou se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos, nos termos do art. 15, art. 16, art. 17 e art. 29 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, que determinam critérios de aplicação do princípio da verdade material.

Assim, tendo em vista o princípio da concentração da defesa, a manifestação de inconformidade deve conter todas as matérias litigiosas e instruída com os elementos de prova em que se justificar, sob pena de preclusão, ressalvadas as exceções legais. A lei prevê meios instrutórios amplos para que o julgador venha formar sua livre convicção motivada na apreciação do conjunto probatório mediante determinação de diligências quando entender necessárias com a finalidade de corrigir erros de fato e suprir lacunas probatórias.

Sobre a distribuição do ônus da prova, o Código de Processo Civil determina:

Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente. [...]

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Instaurada a fase litigiosa do procedimento, cabe a Recorrente produzir o conjunto probatório nos autos de suas alegações. Devem ser detalhados os motivos de fato e de direito em que se baseiam com exposição de forma minuciosa os pontos de discordância e suas razões. A peça de defesa deve ser instruída com prova documental imprescindível à comprovação das matérias suscitadas dada a concentração dos atos em momento oportuno (art. 15, art. 16, art. 18 e art. 29 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972). A “escrituração mantida com observância das disposições legais faz prova a favor do contribuinte dos fatos nela registrados e comprovados por documentos hábeis, segundo sua natureza, ou assim definidos em preceitos legais” (art. 9º do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977).

Tem-se que, a partir da regra de distribuição estática, o art. 373 do Código de Processo Civil estabelece que o ônus probatório incumbe à autoridade fiscal, quanto ao fato constitutivo de seu direito, e à Recorrente, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da Fazenda Pública. Nesse sentido, não cabe ao julgador atuar em defesa da Recorrente, sobretudo quando não encontra na prova juntada aos autos deficiências que lhe causassem dúvidas a ponto de determinar de ofício a realização de diligência.

Observe-se que no caso de “o interessado declarar que fatos e dados estão registrados em documentos existentes na própria Administração responsável pelo processo ou em outro órgão administrativo, o órgão competente para a instrução proverá, de ofício, à obtenção dos documentos ou das respectivas cópias” (art. 37 e art. 69 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972). Tem-se que no processo administrativo fiscal

a Administração deve se pautar no princípio da verdade material, flexibilizando a preclusão no que se refere a apresentação de documentos, a fim de que se busque ao máximo a incidência tributária (Parecer PGFN nº 591, de 17 de abril de 2014).

As autoridades administrativa e julgadora de primeira instância analisaram detidamente todos os elementos constantes nos registros internos da RFB e aqueles colacionados em sede de impugnação. Embora lhe fossem oferecidas várias oportunidades no curso do processo, a Recorrente não apresentou a comprovação inequívoca de quaisquer fatos que tenham correlação com as situações excepcionadas pela legislação de regência.

Consta no Acórdão da 4ª Turma da DRJ/SPO/SP nº 16-75.447, de 20.01.2017, e-fls. 577-627, cujos fundamentos de fato e direito são acolhidos de plano nessa segunda instância de julgamento (art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e § 12º do art. 114 do Anexo do Regimento do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023):

IV – Perícia.

44. A defendente pugna que a autoridade administrativa lavrou o AI tendo, exclusivamente, por supedâneo, a mera presunção, sem demonstrar, cabalmente, como seria de sua competência, os elementos que compõem o fato tributário. Acrescenta que não é preciso muito esforço para se aferir que todas as Notas Fiscais que interessarem ao presente caso deveriam constar dos presentes autos, sob pena de imprestabilidade da prova e absurda presunção. Finaliza que ainda que assim não seja, também resta evidente a necessidade de realização de perícia. Sobre este pedido cabe examinar o que dispõem os artigos 15, 16 e 18 do Decreto nº 70.235/1972:

Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência.

Art. 16. A impugnação mencionará:

I - a autoridade julgadora a quem é dirigida;

II - a qualificação do impugnante;

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir;

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito.

V - se a matéria impugnada foi submetida à apreciação judicial, devendo ser juntada cópia da petição.

§ 1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16. (...)

Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, in fine. (...)

Art. 28. Na decisão em que for julgada questão preliminar será também julgado o mérito, salvo quando incompatíveis, e dela constará o indeferimento fundamentado do pedido de diligência ou perícia, se for o caso. (...) grifos acrescidos)

45. Como se observa na norma retrotranscrita quanto à perícia, para que esta seja deferida, deve atender os requisitos previstos no inciso IV do artigo 16 do Decreto nº 70.235/1972, requisitos estes que não foram apresentados pela manifestante neste processo, razão suficiente para que seja considerada não formulada conforme § 1º do mesmo artigo 16. Também não há motivo para determiná-las de ofício por serem prescindíveis nos termos do artigo 18 do Decreto nº 70.235/1972, pois, conforme exposto no exame do mérito dos lançamentos, o presente litígio se resolve com o direito e os fatos comprovados por documentos já constantes dos autos, cabendo esclarecer, no que se relaciona ao pleito para que conste nos autos todas as Notas Fiscais que interessarem ao presente caso, que a omissão de receita foi apurada pela via da presunção legal relacionada a depósitos bancários de origem não comprovada, inexistindo qualquer menção a Notas Fiscais e/ou documentos respectivos.

Assim sendo, o Acórdão da 5ª Turma da DRJ/SPO/SP nº 16-73.579, de 14.06.2016, e-fls. 306-323, está perfeitamente motivado de forma explícita, clara e congruente e em harmonia com a legislação tributária.

Cabe a aplicação do enunciado estabelecido nos termos do art. 123 do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023:

Súmula CARF nº 163

O indeferimento fundamentado de requerimento de diligência ou perícia não configura cerceamento do direito de defesa, sendo facultado ao órgão julgador indeferir aquelas que considerar prescindíveis ou impraticáveis. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 12.975, de 10/11/2021, DOU de 11/11/2021).

A realização desse meio probante é prescindível, uma vez que os elementos produzidos por meios lícitos constantes nos autos são suficientes para a solução do litígio e formação do livre convencimento motivado do julgador. A justificativa arguida pela Recorrente, por essa razão, não se comprova.

Lançamento de Ofício – Omissão de Receitas - Arbitramento do Lucro

A Recorrente discorda do procedimento fiscal.

O pressuposto é de que a pessoa jurídica deve manter os registros de todos os ganhos e rendimentos, qualquer que seja a denominação que lhes seja dada independentemente

da natureza, da espécie ou da existência de título ou contrato escrito, bastando que decorram de ato ou negócio. A escrituração mantida com observância das disposições legais faz prova a seu favor dos fatos nela registrados e comprovados por documentos hábeis, segundo sua natureza, ou assim definidos em preceitos legais. Cabe a averiguação dos livros de registros obrigatórios pela legislação fiscal específica, bem como os documentos e demais papéis que serviram de base para escrituração comercial e fiscal (art. 195 do Código Tributário Nacional, art. 51 da Lei nº 7.450, de 23 de dezembro de 1985, art. 6º e art. 9º do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977 e art. 37 da Lei nº 8.981, de 20 de novembro de 1995).

Instaurada a fase litigiosa do procedimento, cabe a Recorrente produzir o conjunto probatório nos autos de suas alegações. A peça de defesa deve ser instruída com prova documental imprescindível à comprovação das matérias suscitadas dada a concentração dos atos em momento oportuno (art. 15, art. 16, art. 18 e art. 29 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972).

Observe-se que no caso de “o interessado declarar que fatos e dados estão registrados em documentos existentes na própria Administração responsável pelo processo ou em outro órgão administrativo, o órgão competente para a instrução proverá, de ofício, à obtenção dos documentos ou das respectivas cópias” (art. 37 e art. 69 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972). Tem-se que no processo administrativo fiscal a Administração deve se pautar no princípio da verdade material, flexibilizando a preclusão no que se refere a apresentação de documentos, a fim de que se busque ao máximo a incidência tributária (Parecer PGFN nº 591, de 17 de abril de 2014).

O Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999, determina:

Art. 530. O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando (Lei nº 8.981, de 1995, art. 47, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 1º):

I - o contribuinte, obrigado à tributação com base no lucro real, não mantiver escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, ou deixar de elaborar as demonstrações financeiras exigidas pela legislação fiscal;

II - a escrituração a que estiver obrigado o contribuinte revelar evidentes indícios de fraudes ou contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para:

- a) identificar a efetiva movimentação financeira, inclusive bancária; ou
- b) determinar o lucro real;

III - o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa, na hipótese do parágrafo único do art. 527;

IV - o contribuinte optar indevidamente pela tributação com base no lucro presumido;

V - o comissário ou representante da pessoa jurídica estrangeira deixar de escriturar e apurar o lucro da sua atividade separadamente do lucro do comitente residente ou domiciliado no exterior (art. 398);

VI - o contribuinte não manter, em boa ordem e segundo as normas contábeis recomendadas, Livro Razão ou fichas utilizados para resumir e totalizar, por conta ou subconta, os lançamentos efetuados no Diário.

A Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, prescreve:

Art. 24. Verificada a omissão de receita, a autoridade tributária determinará o valor do imposto e do adicional a serem lançados de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período-base a que corresponder a omissão. [...]

§ 2º O valor da receita omitida será considerado na determinação da base de cálculo para o lançamento da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, da Contribuição para o PIS/Pasep e das contribuições previdenciárias incidentes sobre a receita.

No que se refere à omissão de receitas, a Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, determina:

Art. 1º A partir do ano-calendário de 1997, o imposto de renda das pessoas jurídicas será determinado com base no lucro real, presumido, ou arbitrado, por períodos de apuração trimestrais, encerrados nos dias 31 de março, 30 de junho, 30 de setembro e 31 de dezembro de cada ano-calendário, observada a legislação vigente, com as alterações desta Lei. [...]

Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

§1º O valor das receitas ou dos rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira.

§2º Os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.

Cabe a aplicação dos enunciados estabelecidos nos termos do art. 123 do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023:

Súmula CARF nº 26

A presunção estabelecida no art. 42 da Lei nº 9.430/96 dispensa o Fisco de comprovar o consumo da renda representada pelos depósitos bancários sem

origem comprovada. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Súmula CARF nº 29

Os cotitulares da conta bancária que apresentem declaração de rendimentos em separado devem ser intimados para comprovar a origem dos depósitos nela efetuados, na fase que precede à lavratura do auto de infração com base na presunção legal de omissão de receitas ou rendimentos, sob pena de exclusão, da base de cálculo do lançamento, dos valores referentes às contas conjuntas em relação às quais não se intimou todos os cotitulares. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 129, de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).

Súmula CARF nº 30

Na tributação da omissão de rendimentos ou receitas caracterizada por depósitos bancários com origem não comprovada, os depósitos de um mês não servem para comprovar a origem de depósitos havidos em meses subsequentes. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Súmula CARF nº 32

A titularidade dos depósitos bancários pertence às pessoas indicadas nos dados cadastrais, salvo quando comprovado com documentação hábil e idônea o uso da conta por terceiros. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Súmula CARF nº 59

A tributação do lucro na sistemática do lucro arbitrado não é invalidada pela apresentação, posterior ao lançamento, de livros e documentos imprescindíveis para a apuração do crédito tributário que, após regular intimação, deixaram de ser exibidos durante o procedimento fiscal. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

O Supremo Tribunal Federal (STF) proferiu o Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 855649/RS, Tema 842, com trânsito em julgado em 21.05.2021 (art. 99 do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023 e art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999) no seguinte sentido:

Tese O artigo 42 da Lei 9.430/1996 é constitucional.

1. Trata-se de Recurso Extraordinário, submetido à sistemática da repercussão geral (Tema 842), em que se discute a Incidência de Imposto de Renda sobre os depósitos bancários considerados como omissão de receita ou de rendimento, em face da previsão contida no art. 42 da Lei 9.430/1996. Sustenta o recorrente que o 42 da Lei 9.430/1996 teria usurpado a norma contida no artigo 43 do Código Tributário Nacional, ampliando o fato gerador da obrigação tributária.

2. O artigo 42 da Lei 9.430/1996 estabelece que caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de

investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

3. Consoante o art. 43 do CTN, o aspecto material da regra matriz de incidência do Imposto de Renda é a aquisição ou disponibilidade de renda ou acréscimos patrimoniais.

4. Diversamente do apontado pelo recorrente, o artigo 42 da Lei 9.430/1996 não ampliou o fato gerador do tributo; ao contrário, trouxe apenas a possibilidade de se impor a exação quando o contribuinte, embora intimado, não conseguir comprovar a origem de seus rendimentos.

5. Para se furtar da obrigação de pagar o tributo e impedir que o Fisco procedesse ao lançamento tributário, bastaria que o contribuinte fizesse mera alegação de que os depósitos efetuados em sua conta corrente pertencem a terceiros, sem se desincumbir do ônus de comprovar a veracidade de sua declaração. Isso impediria a tributação de rendas auferidas, cuja origem não foi comprovada, na contramão de todo o sistema tributário nacional, em violação, ainda, aos princípios da igualdade e da isonomia.

6. A omissão de receita resulta na dificuldade de o Fisco auferir a origem dos depósitos efetuados na conta corrente do contribuinte, bem como o valor exato das receitas/rendimentos tributáveis, o que também justifica atribuir o ônus da prova ao correntista omissor. Dessa forma, é constitucional a tributação de todas as receitas depositadas em conta, cuja origem não foi comprovada pelo titular.

7. Recurso Extraordinário a que se nega provimento. Tema 842, fixada a seguinte tese de repercussão geral: "O artigo 42 da Lei 9.430/1996 é constitucional".

A pessoa jurídica fica sujeita à presunção legal de omissão de receita caracterizada pelos valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto à instituição financeira, em relação aos quais a titular regularmente intimada, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. Esta presunção tem natureza relativa que admite provas em contrário (art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996).

A Recorrente optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples foi excluída de ofício pelo Ato Declaratório Executivo DRF/LIM/SP nº 61, de 17 de junho de 2010, com efeitos a partir de 01.01.2006, por ultrapassar os limites de receita bruta. Por esta razão, no ano-calendário de 2005 houve lançamento de ofício apurado pelo regime tributário do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples. A partir de 01.01.2006 a Recorrente se passa a se sujeitar, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas, inclusive com relação à forma de apuração dos seus resultados, tomando como base as regras previstas para o lucro arbitrado pelo fato de a Recorrente ter deixado de apresentar à

autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal (art. 16 da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996).

Está registrado no Acórdão da 1ª Turma da CSRF nº 9101-003.200, de 07.11.2017, cujos fundamentos são acolhidos nessa segunda instância de julgamento (art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999):

ARBITRAMENTO DO LUCRO. ELEVADO PERCENTUAL DE RECEITA SONEGADA. ESCRITURAÇÃO IMPRESTÁVEL. PROVA.

O percentual da receita omitida não é causa de arbitramento, já que tal hipótese não está prevista no artigo 47 da Lei nº 8.981/1995. Por outro lado, deve-se admitir que um elevado percentual de receita sonegada pode denotar que a escrituração é imprecisa. Se for esse o caso, impõe-se o arbitramento do lucro, não porque a sonegação é alta, mas em razão da imprecisão da escrituração comercial. Ocorre, porém, que a imprecisão da escrituração comercial deve ser trazida ao debate e objeto de prova, por parte daquele que alega a impossibilidade de apuração do lucro real. A pura e simples alegação de que a escrituração comercial é imprecisa não é o bastante para afastar a tributação do IRPJ com base no lucro real.

Está registrado no Acórdão da 1ª Turma da CSRF nº 9101-005.169, de 07.10.2020, cujos fundamentos são acolhidos nessa segunda instância de julgamento (art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999):

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA(IRPJ)Ano-calendário: 2000 LUCRO PRESUMIDO. LIVRO CAIXA. CONTAS BANCÁRIAS NÃO REGISTRADAS. ARBITRAMENTO. LEGALIDADE.

Legítimo o lançamento pelo lucro arbitrado quando demonstrada a imprecisão da escrituração, pela completa ausência de registros contábeis das movimentações nas contas bancárias de titularidade do contribuinte submetido ao lucro presumido, enquadrando-se na hipótese prevista na lei de apuração pelo lucro arbitrado quando “a escrituração a que estiver obrigado o contribuinte revelar evidentes indícios de fraudes ou contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprecisa para identificar a efetiva movimentação financeira, inclusive bancária”.

Conforme o artigo 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que prevê a presunção legal de omissão de receita a existência de depósitos bancários de origem não comprovada, a Recorrente não justificou de forma individualizada e minuciosa, e por meio de documentos hábeis, as origens dos ingressos em suas contas bancárias.

Constatada a disparidade de depósitos bancários com origem não comprovada, a pessoa jurídica é intimada a demonstrar a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito. Os valores, em relação aos quais não foram evidenciadas as origens, presumem receitas omitidas, o que dispensa a autoridade administrativa de comprovar o consumo da renda

representada pelos depósitos bancários sem origem comprovada. Trata-se de ônus da Recorrente de comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nas operações referentes aos valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira. Na tributação da omissão de rendimentos ou receitas caracterizada por depósitos bancários com origem não comprovada, os depósitos de um mês não servem para comprovar a origem de depósitos havidos em meses subsequentes e a titularidade pertence às pessoas indicadas nos dados cadastrais. Havendo procedimento administrativo instaurado, a prestação, por parte das instituições financeiras, de informações solicitadas pelo órgão fiscal tributário não constitui quebra do sigilo bancário, mas de mera transferência de dados protegidos pelo sigilo bancário às autoridades obrigadas a mantê-los no âmbito do sigilo fiscal.

O arbitramento do lucro é aplicado no caso em que, o sujeito passivo, depois de intimado, deixa de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal ou ainda os apresenta com deficiências graves (inciso III do art. 530 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999).

Consta no Termo de Verificação do processo apenas nº 10865.003539/2010-84, e-fls. 50-54, cujos fundamentos de fato e direito são acolhidos de plano nessa segunda instância de julgamento (art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999):

Em cumprimento ao Mandado de Procedimento Fiscal MPF/F nº 0811200.2009.00403, expedido em 04 de junho de 2009 [...] devidamente prorrogado, demos início à fiscalização da empresa acima identificada, em 23 de junho de 2009, com a entrega do MPF e do Termo de Início de Procedimento Fiscal [...].

Em 13 de julho de 2009, o contribuinte apresentou pedido de prorrogação de prazo, por 30 dias, alegando dificuldades para reunir a documentação solicitada pelo Termo de Início de Procedimento Fiscal [...].

Decorrido o prazo solicitado, nenhum documento foi apresentado.

Tendo em vista que a [Recorrente], optante pelo SIMPLES desde 01/01/1997, conforme se verifica pelas informações cadastrais [...] apresentou declarações (PJSI) - SIMPLES, para os exercícios de 2006, 2007 e 2008, referentes aos anos calendários de 2005, 2006 e 2007, respectivamente, que apresentam valores irrisórios, se comparados.

As importâncias movimentadas nas conta bancárias [...], considerando que a movimentação financeira nesses anos atingiu valores relevantes [...] e considerando, ainda, a recusa da empresa em apresentar os extratos bancários e demais documentos solicitados pelo Termo de Início de Procedimento Fiscal, foi emitida a Solicitação de Emissão de Requisição de Informação sobre Movimentação Financeira (RMF) em 24 de agosto de 2009, submetida à apreciação do Sr. Delegado da DRF/LIMEIRA, requisitando os extratos da movimentação bancária, referentes às contas mantidas pelo contribuinte junto

aos estabelecimentos adiante relacionados : Banco [...], [...] Bank [...], Banco [...] e Banco [...].

Em 26 de agosto de 2009, foram expedidas as Requisições de Informações sobre a Movimentação Financeira nº 0811200.2009.00144-4, nº 0811200.2009.00145-2, nº 0811200.2009.00146-0 e nº 0811200.2009.00147-9, solicitando os documentos acima mencionados e que foram encaminhadas, respectivamente, ao Banco [...], [...] Bank [...], Banco [...] e Banco [...], por via postal, com aviso de recebimento [...].

Em 21 de dezembro de 2009, foi lavrado o Termo de Ciência e de Solicitação de Documentos, enviado ao contribuinte por via postal, com aviso de recebimento - AR, solicitando a apresentação de diversos documentos, já pedidos pelo Termo de Início de Procedimento Fiscal lavrado em 23/06/2009 [...].

Em 13 de janeiro de 2009, foram enviados o Livro Caixa referente ao período de janeiro/2005 a dezembro/2007 e o Livro Registro de Inventário nº 01, [...]. Conforme se verifica pelo exame do Livro Caixa, somente foram registradas e escrituradas as receitas incluídas nas declarações PJSI - SIMPLES, ou seja, em valores bem inferiores à movimentação financeira realizada nesse mesmo período. [...].

Recebidos os extratos das contas movimentadas, correspondentes aos anos de 2005, 2006 e 2007, solicitados pelas RMF emitidas em 26 de agosto de 2009, e que foram juntados [...], foi procedida à devida análise individualizada de cada um dos créditos realizados, tendo sido efetuadas as exclusões dos valores lançados a crédito e que não representam recebimento de receitas, tais como : transferências entre contas do mesmo titular, empréstimos bancários, estorno de valores por cheques devolvidos, etc.

Foram elaboradas as relações dos valores creditados nas contas bancárias, tendo sido lavrado, em 25 de janeiro de 2010, Termo de Intimação Fiscal solicitando a comprovação da origem das importâncias creditadas em conta corrente, mediante a apresentação de documentação hábil e idônea. O referido Termo de Intimação Fiscal, com os respectivos anexos, foi remetido para o endereço do procurador designado, por via postal, com aviso de recebimento (AR), tendo sido recebido em 04 de fevereiro de 2010 [...].

Em 18 de fevereiro de 2010, o contribuinte, alegando dificuldades para organizar a documentação, solicitou prorrogação de prazo, por 30 (trinta) dias [...].

Em 26 de fevereiro de 2010, foi lavrado o Termo de Ciência e de Continuação de Procedimento Fiscal, enviado ao contribuinte por via postal, com aviso de recebimento - AR, comunicando a prorrogação de prazo, por 30 (trinta) dias, para a apresentação da documentação solicitada [...].

Foi expedido ofício ao Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais e Tabelionato de Notas de São Sebastião da Gramma - SP, solicitando certidões de

inteiro teor de procurações que teriam sido outorgadas [...] tendo sido informado não haver sido encontrada nenhuma procuração referente ao contribuinte [...].

Em 30 de março de 2010, o contribuinte [...] sob a alegação de que não teriam sido excluídos os valores dos créditos correspondentes a transferências entre contas e a empréstimos, solicitou a elaboração de nova planilha, bem como, a concessão de prorrogação de prazo, por 15 (quinze) dias, para prestar os esclarecimentos.

Em 13 de abril de 2010, foi lavrado o Termo de Ciência e de Solicitação de Documentos, encaminhado ao contribuinte, por via postal, com aviso de recebimento(AR), onde foi informado sobre a impossibilidade de elaboração de nova planilha, visto que todos os créditos já foram analisados individualizadamente e que todos os lançamentos referentes a EMPRÉSTIMOS, TRANSFERÊNCIAS ENTRE CONTAS DA PRÓPRIA PESSOA JURÍDICA, ESTORNO DE VALORES POR CHEQUES DEVOLVIDOS e OUTROS, cuja identificação foi possível constatar pelo " HISTÓRICO "registrado nos extratos bancários, já haviam sido excluídos da relação de créditos a comprovar, conforme determina o art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Foi esclarecido ainda que, desde que realizada a devida comprovação, seria efetuada a exclusão de qualquer outro crédito que fosse caracterizado como oriundo de empréstimos ou transferências entre contas da própria pessoa jurídica, tendo sido concedido o prazo de prorrogação pleiteado, sendo fixada a data limite de 30/04/2010, para a remessa dos documentos e esclarecimentos [...].

Em 23 de abril de 2010, por intermédio de seus procuradores, o contribuinte encaminhou pedido em que, com a mesma alegação já apresentada anteriormente, solicita a elaboração de novas planilhas e, após, a concessão de novo prazo, para possível contestação [...]. Pelos motivos já expostos acima e que foram comunicados ao contribuinte pelo Termo de Ciência e de Solicitação de Documentos, lavrado em 13/04/2010, não há como atendê-lo.

Apresentou, ainda, cópias de cinco cheques emitidos pela empresa, com o objetivo de comprovar que se trata de movimentação entre contas da empresa [...].

Após a análise desses cheques ficou comprovado que:

a) - no que se refere aos cheques [...], respectivamente nos valores [...], emitidos pela empresa em 10/01/2006 [...], verifica-se que, realmente, foram depositados, nessa mesma data, na conta da empresa no Banco [...], ficando comprovado que se trata de movimentação financeira entre contas do mesmo titular, razão pela qual, o referido valor foi excluído da relação de créditos de origem não comprovada;

b) - no que se refere ao cheque [...], no valor de [...], emitido pela empresa, contra o Banco [...], em 23/05/2007 e que teria sido compensado em 24/05/2007 [...], verifica-se que não há, nessas datas, nenhum depósito em cheque, nesse valor,

efetuado no Banco [...], conforme se verifica pelo extrato [...], não ficando comprovado, portanto, que se trata de movimentação financeira entre contas da mesma titularidade;

c) - da mesma forma, para o cheque [...], no valor [...], emitido pela empresa, contra o Banco [...], em 04/06/2007 e que teria sido compensado em 05/06/2007 [...], também se verifica que, nessas datas, não há nenhum depósito em cheque, nesse valor, efetuado no Banco [...], conforme o extrato [...]. Neste caso, há a agravante de que o valor da autenticação que consta na cópia que seria do verso do cheque [...] é diferente do valor do cheque [...]. Portanto, também não fica comprovado que se trata de movimentação financeira entre contas da mesma titularidade.

Dessa forma, considerando que foi constatada a existência de depósito a créditos bancários nos anos de 2005, 2006 e 2007, cuja origem não foi comprovada pela empresa, mediante a apresentação de documentação hábil e idônea, apesar das várias intimações recebidas, conforme o Termo de Início de Procedimento Fiscal lavrado em 23/06/2009 [...], o Termo de Ciência e de Solicitação de Documentos lavrado em 21/12/2009 [...], o Termo de Intimação Fiscal lavrado em 25/01/2010 [...], o Termo de Ciência e de Continuação de Procedimento Fiscal lavrado em 26/02/2010 [...] e o Termo de Ciência e de Solicitação de Documentos lavrado em 13/04/2010 [...], fato que caracteriza OMISSÃO DE RECEITAS, consoante determina o art. 42, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, foram elaborados o Demonstrativo de Apuração dos Depósitos / Créditos Bancários cuja Origem não foi Comprovada [...], o Demonstrativo de Totalização dos Depósito /Créditos Bancários cuja Origem não foi Comprovada de fls. e o Demonstrativo de Apuração das Receitas Omitidas [...], que passam a fazer parte integrante do auto de infração.

Para o exercício de 2006 - ano calendário de 2005, será lavrado auto de infração obedecendo ao disposto na Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996, com as alterações introduzidas pela Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998, que instituiu o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de pequeno porte (EPP) - SIMPLES, visto que o contribuinte, enquadrado na condição de microempresa, era optante do SIMPLES desde 01/01/1997, conforme informações cadastrais [...].

Tendo sido constatado que a empresa infringiu o art. 9º, da Lei nº 9.317/1996, ao permanecer no SIMPLES nos anos de 2006 e 2007, mesmo excedendo, nº ano de 2005, os limites estabelecidos para empresas de pequeno porte (EPP), foi solicitada a sua exclusão do referido Sistema, com fundamento no art. 14, inciso I, da Lei nº 9.317/1996, com efeitos a partir de 01 de janeiro de 2006, nos termos do inciso IV, do artigo 15 dessa mesma lei e conforme cópia da Representação Fiscal anexada às fls.

Para os exercícios de 2007 e 2008, anos calendário de 2006 e 2007, tendo em vista que, mesmo após várias intimações, a empresa não apresentou a

documentação solicitada, o que impossibilita a apuração com base no Lucro Real e considerando que os livros Caixa apresentados e que não registram a real movimentação financeira e bancária da empresa [...], não se prestam à essa apuração, não resta outra alternativa senão realizar o lançamento do crédito tributário mediante arbitramento de lucros, na forma do disposto no artigo 530 do Regulamento do Imposto de Renda - Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 -RIR/1999.

Realizado o arbitramento, na forma do determinado pelo artigo 530, inciso III, do RIR/1999, será utilizado o percentual de 8% (oito por cento), acrescido do percentual de 20% (vinte por cento), tendo em vista que a atividade da empresa é a de "comercio atacadista de frutas, verduras, raízes, tubérculos, hortaliças e legumes frescos", conforme se verifica pelas informações cadastrais [...].

Por todo o exposto, considerando que, embora tenham sido apresentadas Declarações Simplificadas da Pessoa Jurídica - PJSI SIMPLES, referentes aos exercícios de 2006, 2007 e 2008, correspondentes aos anos calendário de 2005, 2006 e 2007, porém com valores irrisórios (nos anos de 2006 e 2007, os valores declarados não atingem, sequer, 9% e 12%, respectivamente, daqueles apurados pela fiscalização), ficou comprovada, em todos esses anos, a existência de movimentação financeira em valores bem superiores aos declarados, cuja origem não foi comprovada, mediante a apresentação de documentação hábil e idônea, apesar de todas as oportunidades que foram oferecidas à empresa, e considerando que os documentos juntados ao processo caracterizam OMISSÃO DE RECEITAS, é de se exigir o crédito tributário discriminado nos respectivos autos de infração, referente ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ, à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS e ao Programa de Integração Social - PIS, referente aos anos calendário de 2006 e 2007.

E, para constar e surtir os efeitos legais, lavramos o presente Termo, em 02(duas) vias de igual forma e teor, assinado pelo(s) Auditor(es)-Fiscal(is) da Receita Federal do Brasil, cuja ciência e cópia do contribuinte se dará via postal, por Aviso de Recebimento (AR).

O ilícito tributário apurado no presente processo decorre da não comprovação pela Recorrente dos valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais como titular, mesmo após ser regularmente notificada, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. Estes valores são considerados receitas auferidas, conforme determina o art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

Houve constatação de omissão de receita averiguada a partir do cotejo entre os valores da receita bruta escriturada no Livro Caixa, declarada nas Declaração Simplificada PJ - Simples e valores creditados constantes nos extratos bancários, e-fls. 79-483. Nos anos-calendário de 2005, 2006 e 2007, tem-se que valores das receitas brutas oferecidas à tributação nas

Declarações Simplificadas da Pessoa Jurídica (PJSI Simples), respectivamente, de R\$198.714,50, R\$327.531,80 e R\$481.086,78, e-fl. 141, são muito inferiores àqueles apurados de ofício, respectivamente, de R\$3.191.963,17, R\$3.932.560,79 e R\$4.040.787,85, e-fl. 519, a título valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais a Recorrente, mesmo após ser regularmente notificada, não comprova a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Com base no acervo fático-probatório produzido no processo, houve arbitramento do lucro pelo fato de a Recorrente deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal ou ainda os apresentou com deficiências graves com fundamento no inciso III do art. 530 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores. Com base na atividade desempenhada, adotou-se o coeficiente de arbitramento do lucro de 9,6%, conforme o disposto no art. 15 e art. 16 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1996, já que o lucro arbitrado é determinado mediante a aplicação, sobre a receita bruta, quando conhecida, do percentual de 8% acrescidos de vinte por cento.

Consta no Acórdão da 4ª Turma da DRJ/SPO/SP nº 16-75.447, de 20.01.2017, e-fls. 577-627, cujos fundamentos de fato e direito são acolhidos de plano nessa segunda instância de julgamento (art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e § 12º do art. 114 do Anexo do Regimento do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023):

MÉRITO AUTUAÇÃO - OMISSÃO DE RECEITA – ANO-CALENDÁRIO 2005 – SIMPLES FEDERAL

46. Em relação ao cerne do presente litígio, para se apreciar o cabimento ou não dos lançamentos decorrentes de omissão de receitas caracterizadas por depósitos bancários cuja origem não foi comprovada, deve-se verificar com atenção o que ocorreu durante o procedimento fiscal.

INSTRUÇÃO PROCESSUAL

47. A contribuinte foi intimada, por meio do Termo de Início do Procedimento Fiscal (fls. 75 e 76 – ciência em 23/06/2009), a apresentar em 20 dias, dentre outros documentos e relativamente aos anos-calendário 2005, 2006 e 2007, Livro Caixa (com escrituração de toda a movimentação financeira, inclusive bancária), Livros Registro de Inventário, Diário e Razão, Balancetes trimestrais (porventura existentes), Extratos bancários e documentação hábil e idônea (coincidente e data e valor) que comprove a origem dos recursos depositados nas referidas contas bancárias. Resposta da empresa, de 13/07/2009, encontra-se às fls. 77 e 78, com pedido de dilação de prazo para atendimento. Conforme consignado no Termo de Verificação (fl. 69), documento que descreve a autuação que se examina, decorrido o prazo solicitado, nenhum documento foi apresentado, o que motivou a emissão do Termo de Ciência e de Solicitação de Documentos (fl. 161 – ciência em 31/12/2009), para reintimá-la a disponibilizar a documentação. Em 15/01/2010 (fl. 163) a recorrente acostou aos autos Livro Registro de Inventário (fls. 167 a 187) e Livro Caixa (ano-calendário 2005 - fls. 188 a 202), sendo que

neste último, consoante avaliação da fiscalização (fl. 69), somente foram escrituradas as receitas incluídas nas Declarações Simplificadas que, como se verá a seguir, encontram-se em patamar muito inferior ao registrado na movimentação financeira da empresa.

48. Em razão de a empresa ter apresentado Declarações Simplificadas para os anos-calendário 2005 (fls. 93 a 110), 2006 (fls. 111 a 128) e 2007 (fls. 129 a 140 – 1º Semestre) com valores irrisórios [...] quando comparados à movimentação financeira observada no Relatório Dossiê Integrado da RFB R\$ [...], e tendo em vista que não apresentou os extratos bancários e demais documentos requeridos, a fiscalização solicitou à chefia da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Limeira/SP a requisição dos extratos bancários da requerente junto ao Banco [...], Banco [...], Banco [...] e Banco [...], relativos ao período em comento (fls. 150 a 152). Requisição de Informações Sobre Movimentação Financeira (RMF) foram expedidas para as referidas instituições financeiras, com ciência em 01/09/2009 (fls. 154 a 160), que enviaram as informações requeridas (anos-calendário 2005, 2006 e 2007 – fls. 205 a 385). Na sequência, o autuante procedeu à análise individualizada de cada um dos créditos bancários, tendo sido efetuadas as exclusões dos valores que não representavam recebimento de receitas, tais como transferências entre contas do mesmo titular, empréstimos bancários, estorno de valores por cheques devolvidos, etc.

49. Termo de Intimação Fiscal (fl. 386 – ciência em 04/02/2010) foi lavrado para intimar a interessada a comprovar, com documentação hábil e idônea (coincidente e data e valor), a origem dos recursos depositados em suas contas bancárias nos anos-calendário 2005, 2006 e 2007, conforme Planilha anexa ao T.I.F (fls. 388 a 482). Em petição de 18/02/2010 (fls. 483 e 484), a recorrente solicitou prorrogação do prazo para atendimento. Termo de Ciência e de Continuação de Procedimento Fiscal foi exarado (fl. 486 – ciência em 02/03/2010) para cientificar a defendente acerca da concessão da prorrogação de prazo, com definição da data limite de 26/03/2010 para apresentação da documentação requerida. Em 30/03/2010 (fls. 491 e 492) a autuada, por intermédio dos advogados [...], sob a alegação de que não teriam sido excluídos os valores dos créditos correspondentes a transferências entre contas e a empréstimos, solicitou a elaboração de nova planilha, bem como a concessão de prorrogação de prazo, por 15 dias, para prestar os esclarecimentos. Em 19/04/2010 a contribuinte foi cientificada do Termo de Ciência e de Solicitação de Documentos (fl. 493), por meio do qual foi informada que todos os valores pertinentes a empréstimos, transferências entre contas da própria pessoa jurídica, estorno de valores por cheques devolvidos e outros, cuja identificação foi possível constatar pelo “histórico” registrado nos extratos bancários, já haviam sido excluídos da relação de créditos a comprovar, conforme determina o art. 42 da Lei nº 9.430/1996. Esclareceu-se, ainda, que desde que realizada a devida comprovação, seria efetuada a exclusão de qualquer outro crédito que fosse caracterizado como oriundo de empréstimos ou transferências entre contas da própria pessoa

jurídica. Finalizou-se com a concessão de novo prazo para atendimento das exigências, com data limite em 30/04/2010. Em 07/05/2010 (fls. 495 e 496, com anexos às fls. 497 a 514) a fiscalizada encaminhou pedido em que, com a mesma alegação já apresentada anteriormente, solicita a elaboração de nova planilha com a exclusão de cinco créditos que alega serem referentes a valores que transitaram entre contas da própria empresa (cópias dos cheques às fls. 501 a 514), [...]. Conforme registro no Termo de Verificação Fiscal (fls. 70 e 71), a fiscalização considerou pertinente o pedido no valor de R\$ 11.750,00, tendo procedido a exclusão do referido valor na planilha. Quanto à concessão de novo prazo para possível contestação, pelos motivos já expostos pelo autuante, e que já haviam sido devidamente informados à interessada, indeferiu-se o pleito da requerente.

INFRAÇÃO – OMISSÃO DE RECEITA POR PRESUNÇÃO LEGAL – CRÉDITOS EM CONTA DE DEPÓSITO DE ORIGEM NÃO COMPROVADA

50. Tendo em vista que nenhuma resposta, esclarecimento ou documento para justificar a origem dos créditos bancários consta no processo, os valores creditados em contas bancárias da contribuinte cujas origens não foram comprovadas foram considerados não escriturados, constando relação completa dos mesmos às fls. 388 a 482, bem como a totalização mensal em quadro à fl. 203, destacando-se que a recorrente foi receptora de créditos bancários, no ano-calendário 2005, no valor de R\$ 3.191.963,17, tendo declarado em sua Declaração Simplificada receita bruta de R\$ 198.714,50. [...]

51. Termo de Verificação Fiscal foi lavrado com ciência em 25/10/2010, com esclarecimento de todas as fases do procedimento fiscal e fundamentação legal pertinente (fls. 69 a 72).

52. Portanto, o que se observa é que, diante destes fatos e da vinculação e obrigatoriedade do lançamento tributário (parágrafo único do artigo 142 do CTN), a fiscalização não teve alternativa legal diferente da aplicação ao caso das normas contidas no § 1º do artigo 7º e no artigo 18 da Lei nº 9.317/1996, que fazem parte do enquadramento legal da autuação e dispõem sobre o regime tributário dos contribuintes optantes pelo Simples Federal (Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte), já que no momento dos fatos geradores neste processo discutidos (ano-calendário 2005) a autuada era optante pelo regime simplificado, conforme pesquisa no sistema CNPJ à fl. 91 e Declaração Simplificada às fls. 93 a 110.

53. O § 1º do artigo 7º e o artigo 18 da Lei nº 9.317/1996, assim dispõe:

Art. 7º(...)

§ 1º A microempresa e a empresa de pequeno porte ficam dispensadas de escrituração comercial desde que mantenham, em boa ordem e guarda e enquanto não decorrido o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes:

- a) Livro Caixa, no qual deverá estar escriturada toda a sua movimentação financeira, inclusive bancária;
- b) Livro de Registro de Inventário, no qual deverão constar registrados os estoques existentes no término de cada ano-calendário;
- c) todos os documentos e demais papéis que serviram de base para a escrituração dos livros referidos nas alíneas anteriores. (...)

Art. 18. Aplicam-se à microempresa e à empresa de pequeno porte todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições de que trata esta Lei, desde que apuráveis com base nos livros e documentos a que estiverem obrigadas aquelas pessoas jurídicas. (grifos acrescidos)

54. Como se vê, mesmo o contribuinte optante pelo Simples deve escriturar ao menos o Livro Caixa com toda sua movimentação financeira, inclusive bancária, e guardar em boa ordem, enquanto não decorrido o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações pertinentes, todos os documentos que serviram para esta escrituração. E como o optante pelo Simples está obrigado a escriturar suas movimentações bancárias e a guardar os respectivos documentos comprobatórios embasadores. Em razão da disposição do acima transcrito artigo 18, ele também está sujeito à presunção de omissão de receita existente na legislação do imposto de renda apurável com base em depósito bancário de origem não comprovada, de acordo com o artigo 42 da Lei nº 9.430/1996, com a alteração feita pela Lei nº 9.481, de 13 de agosto de 1997, in verbis:

Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto à instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

§ 1º O valor das receitas ou dos rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira.

§ 2º Os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.

§ 3º Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente, observado que não serão considerados:

I - os decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa física ou jurídica; [...] (grifos acrescidos)

55. De acordo com o dispositivo acima transcrito, basta ao fisco demonstrar a existência de depósitos bancários de origem não comprovada para que se presuma, até prova em contrário, a cargo do contribuinte, a ocorrência de

omissão de rendimentos. Trata-se de uma presunção legal do tipo *juris tantum* (relativa), e, portanto, cabe ao fisco comprovar apenas o fato definido na lei como necessário e suficiente ao estabelecimento da presunção, para que fique evidenciada a omissão de rendimentos.

56. Neste ponto deve-se esclarecer que não se está tributando o depósito bancário ou que este seja o fato gerador do imposto de renda. O que se está tributando é uma importância financeira de propriedade da fiscalizada que, pelo fato de não ter sua origem esclarecida e comprovada, deve ser considerada receita omitida, segundo a legislação acima reproduzida, que presume que este montante na verdade se origina de receita tributável auferida e não declarada. Diante desta presunção legal, o ônus da prova se inverte e passa à autuada, que tem a obrigação legal de comprovar a origem dos recursos.

57. Não se pode confundir métodos de apuração de omissão de receitas com as formas de tributação do lucro.

58. Em relação ao método de apuração, esclarece-se que a caracterização de uma omissão de receitas pode se dar por uma de duas vias: por uma presunção legalmente estabelecida ou, então, pela comprovação material, inequívoca, concludente da infração.

59. No primeiro caso, a lei estabelece, com base naquilo que se observa na maior parte dos casos – baseando-se, portanto, na aplicação de um critério de razoabilidade –, que ocorrida determinada situação fática, pode-se presumir, até prova em contrário – esta a cargo do contribuinte –, a ocorrência da omissão de receitas. Foi este o método de apuração de omissão de receitas utilizado no lançamento ora discutido.

60. A inversão legal do ônus da prova é perfeitamente aceita por nosso ordenamento jurídico, estando regulada também no artigo 334, inciso IV, da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil – CPC), aplicado subsidiariamente ao Decreto nº 70.235/1972 no Processo Administrativo Fiscal:

Art. 334. Não dependem de prova os fatos: (...)

IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

61. Já no segundo caso, a inexistência da presunção legal obriga a comprovação material do fato diretamente vinculado à subtração irregular das receitas, e não de outro que apenas indiretamente se relacione com o ilícito e que demande, por tal, cognição complementar para a caracterização da infração.

62. Em qualquer dos casos, no entanto, não se desobriga a autoridade de comprovar o(s) fato(s) que dá(ão) origem à omissão de receitas: ou aquele definido na lei como necessário e suficiente ao estabelecimento da presunção *juris tantum*, ou aqueles outros concretamente evidenciadores da materialidade da infração.

63. Desta forma, observando-se os critérios estabelecidos na legislação de regência, e intimado o contribuinte a se manifestar sobre os valores que restaram incomprovados, compete ao contribuinte e não ao fisco, provar a origem de cada um dos depósitos questionados se quiser eximir-se da exação ou, caso fique constatada sua origem tributável, que os respectivos valores foram oferecidos à tributação.

64. Assim, caracterizada a receita omitida, os lançamentos foram corretamente e motivadamente realizados e os respectivos créditos tributários devem ser mantidos. Desta forma, os lançamentos não são nulos ou devem ser anulados. Ao contrário, são totalmente eficazes e legais, pois estão baseados em fatos constatados e demonstrados e em legislação plenamente vigente.

65. Como dos autos se infere, a autoridade lançadora fez aquilo que o artigo 42 da Lei nº 9.430/1996 lhe atribuía como responsabilidade: constatada a manutenção de contas bancárias com expressiva movimentação (no presente caso, R\$ 3.191.963,17 diante de uma receita bruta anual declarada em 198.714,50), intimou a recorrente a comprovar a origem de créditos efetuados em contas bancárias.

66. Diante da falta de comprovação da origem dos mesmos depósitos bancários, o auditor fiscal não teve outra escolha senão formalizar o lançamento de omissão de receitas com base no artigo 42 da Lei nº 9.430/1996.

67. Neste ponto deve-se esclarecer também que a invocada Súmula 182 do extinto Tribunal Federal de Recursos não se aplica ao presente caso, pois foi editada em contexto legal e fático antigo e ultrapassado, quando ainda não havia entrado em vigor a legislação atual sobre o tema acima reproduzida.

68. Assim, não tendo a interessada qualquer cautela em documentar adequadamente os fatos, ficam por sua conta e risco as consequências de tal negligência. A responsabilidade por infrações tributárias independe da intenção do agente, conforme disposto no artigo 136 do Código Tributário Nacional:

Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

69. No lançamento ora impugnado, como já dito acima, a contribuinte é optante pelo Simples Federal. Portanto, a omissão de receita, decorrente de depósitos bancários não escriturados, corresponde à base de cálculo dos impostos e contribuições tributados pelo Sistema Simplificado (Simples), de acordo com o disposto no caput do artigo 24 da Lei nº 9.249/1995, in verbis:

Art. 24. Verificada a omissão de receita, a autoridade tributária determinará o valor do imposto e do adicional a serem lançados de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período-base a que corresponder a omissão.

70. Desta forma, sobre os créditos bancários cuja origem não foi comprovada foi aplicado o percentual estabelecido na legislação do Simples Federal, para apuração dos tributos devidos.

DEFESA

71. No contraditório apresentado a recorrente assevera que para a apuração de renda pesam preponderantemente o confronto entre entradas e despesas, que devem ser devidamente identificadas, fato que, no seu entendimento, não foi contemplado na autuação. Acrescenta que os valores indicados em extrato bancário correspondem sempre à movimentação do dinheiro, e não à "renda" efetivamente percebida.

72. Neste quesito, cabe transcrever o que determina o art. 2º, § 2º, da Lei nº 9.317/1996:

Art. 2º [...]

§ 2º Para os fins do disposto neste artigo, considera-se receita bruta o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos. (grifos acrescentados)

73. Assim, totalmente incabível a tese da contribuinte de que no Simples Federal deveriam ser excluídos os valores relativos a despesas, pois não há previsão na legislação neste sentido, devendo os percentuais de determinação dos valores devidos incidirem sobre a receita bruta somente com a exclusão das vendas canceladas e dos descontos incondicionais concedidos, conforme o § 2º do artigo 2º da Lei nº 9.317/1996 acima reproduzido. A base de cálculo do Simples não é o acréscimo patrimonial, o resultado ou o lucro, ainda que este seja diminuto em comparação com a receita bruta, mas sim esta última, que no caso da autuada foi constatada por meio dos créditos bancários cuja origem não foi comprovada pela contribuinte regularmente intimada.

74. Observe-se que os conceitos de renda, acréscimo patrimonial ou lucro não interessam aos optantes do Simples Federal, quer exista ou não lançamento de ofício, pois a base de cálculo dos tributos devidos em conformidade com este sistema simplificado de tributação é a receita bruta, conforme previsto no art. 5º da Lei nº 9.317/1996.

75. A defendente também pugna que é preciso ter em mente que os extratos bancários podem conter empréstimos, valores liberados por cheques especiais, circulação de valores entre Bancos, e muitas outras situações que não afetam a renda da Impugnante em cada ano, porquanto não representam "plus".

76. Neste tópico, cabe enfatizar que em 19/04/2010 a contribuinte foi cientificada do Termo de Ciência e de Solicitação de Documentos (fl. 493), por meio do qual foi informada que todos os valores pertinentes a empréstimos, transferências entre contas da própria pessoa jurídica, estorno de valores por cheques

devolvidos e outros, cuja identificação foi possível constatar pelo “histórico” registrado nos extratos bancários, já haviam sido excluídos da relação de créditos a comprovar, conforme determina o art. 42 da Lei nº 9.430/1996. Esclareceu-se, ainda, que desde que realizada a devida comprovação, seria efetuada a exclusão de qualquer outro crédito que fosse caracterizado como oriundo de empréstimos ou transferências entre contas da própria pessoa jurídica.

77. Assim, incabível o pleito da requerente para a realização de diligência nas instituições financeiras, no sentido de que informem todos os cheques e transferências emitidos pela impugnante e localização do favorecido, bem como se o mesmo favorecido depositou valores em nome da impugnante. [...]

EXCLUSÃO DO SIMPLES FEDERAL A PARTIR DE 01-01-2006

103. De plano, cabe tecer considerações acerca do Comunicado nº 13842/ARFJRP/111/2010 (fl. 87), enviado pela Agência da Receita Federal do Brasil em São José do Rio Pardo/SP à interessada, com o seguinte teor: (...)

Através do presente expediente, dá-se ciência do Ato Declaratório DRF/LIM nº 61, de 17 de junho de 2010, cuja(s) cópia(s) ora encaminhamos.

Da referida decisão é facultado Manifestação de Inconformidade, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da publicação no Diário Oficial da União - DOU, ocorrida em 18 de junho de 2010, através do formulário Solicitação de Revisão da Exclusão do SIMPLES – SRS disponível na página da Receita Federal do Brasil na INTERNET, acessando o endereço eletrônico [...] ou em suas unidades, assegurados o contraditório e ampla defesa.

Não havendo manifestação no prazo previsto no artigo anterior, a exclusão do SIMPLES tornar-se-á definitiva. (...) (grifos e negritos do original)

104. Referido Comunicado foi cientificado à defendente em 21/07/2010 (Aviso de Recebimento à fl. 92), e o retrocitado Ato de Exclusão foi publicado no Diário Oficial da União em 18/06/2010 (cópia DOU à fl. 85).

105. Na sequência, a Agência da Receita Federal do Brasil em São José do Rio Pardo/SP considerou 18/06/2010 (publicação no DOU) como data de ciência do Ato Declaratório DRF/LIM nº 61/2010, e tendo em vista a apresentação de manifestação de inconformidade em 06/08/2010 (fls. 94 a 114), exarou despacho (fls. 122 e 123) nos seguintes termos: (...)

Trata o presente sobre processo Representação Fiscal – Exclusão SIMPLES formalizado pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Limeira, para fins de exclusão do SIMPLES em face de exceder o limite de Receita Bruta.

Elaborado e Publicado o Ato Declaratório Executivo nº 61, de 17 de junho de 2010 (fls. 55 c/c fls. 59 e 61 c/c fls. 66 – “AR”), foi declinado ao contribuinte o prazo de 30 (trinta) dias, contados da publicação no DOU – ocorrida em 18/06/2010, para Manifestação de Inconformidade. Não obstante, somente em 03 de agosto de 2010 o contribuinte postou sua contestação.

Sem prejuízo das informações supra, vez tratar-se de matérias de Competência Regimental afetas à Delegacia da Receita Federal do Brasil em Limeira – SECAT – DRF – LIM - SP e, por força de Delegação de Competência, ao Serviço de Controle e Acompanhamento Tributário (art. 2º - inciso XXII – Port. DRF/LIM nº 85/2007), proponho remessa dos autos àquele Serviço para promover a análise da Manifestação de Inconformidade interposta pelo contribuinte à fls. 68 a 93.

À consideração(...)

Com base nas informações supra, remete-se o presente processo ao Serviço de Controle e Acompanhamento Tributário da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Limeira-SP – SECAT para promover a análise da Manifestação de Inconformidade do contribuinte à fls. 68 a 93. (...) (negritos do original)

106. Ao que tudo indica, o órgão de origem considerou intempestivo o contraditório apresentado e promoveu a remessa dos autos para o Secat da DRF-Limeira-SP, para “promover a análise da Manifestação de Inconformidade do contribuinte às fls. 68 a 93”.

107. Cabe esclarecer que seria uma violência ao instituto do contraditório e da ampla defesa considerar a data de publicação do Ato de Exclusão no Diário Oficial da União como data de ciência pelo contribuinte. Como restou asseverado, o supracitado Comunicado foi acompanhado de cópia do Ato Declaratório DRF/LIM nº 61/2010, sendo a data de sua ciência (21/07/2010) o verdadeiro marco a ser considerado para análise da tempestividade da manifestação de inconformidade apresentada em 06/08/2010.

108. Portanto, tempestiva a defesa, por estar em conformidade com o art. 23 do Decreto nº 70.235, de 06/03/1972, que preconiza:

Art. 23. Far-se-á a intimação:

I - pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar.

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo.

III - por meio eletrônico, com prova de recebimento, mediante:

a) envio ao domicílio tributário do sujeito passivo; ou b) registro em meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo. (...) (grifos acrescidos)109. No que se relaciona ao ato de exclusão, encontra-se em perfeita consonância com a legislação de regência da matéria, porquanto a contribuinte ultrapassou, no ano-calendário 2005, o limite para permanência no regime simplificado (R\$ 1.200.000,00, com supedâneo no art. 9º, inciso II, da Lei nº 9.317/1996), sendo perfeitamente cabível sua exclusão do regime em questão

com efeitos retroativos a partir de 01/01/2006, com fulcro no art. 15, inciso IV, da Lei nº 9.317/1996.

110. Na defesa apresentada a recorrente repete os argumentos já apresentados no contraditório ao supracitado auto de infração (ano-calendário 2005), e pugna que o ordenamento jurídico pátrio não contempla efeitos retroativos para a exclusão do Simples Federal. Argumenta que os efeitos da exclusão devem ocorrer a partir do mês subsequente àquele em que se proceder à exclusão, conforme preconiza o art. 15, II, da Lei 9.317/96, posteriormente modificado pelo art. 3º da Lei nº 9.732/1998, ou seja, a partir de julho de 2010, mês subsequente ao de emissão do ADE, que ocorreu em 17/06/2010. Acrescenta que as situações jurídicas anteriores ao Ato Declaratório não podem infringir o princípio da irretroatividade das normas estampado no 150, II, a, da Constituição Federal, e finaliza que em razão do princípio da segurança jurídica resta também impossível a retroatividade da exclusão do Simples.

111. Quanto aos efeitos da exclusão da sistemática do Simples Federal, sobreleva lembrar que o artigo 15, inciso IV, da Lei 9.317/1996, autoriza a exclusão em comento com efeitos retroativos a partir de 01/01/2006, conforme se constata de seus termos:

Art. 15. A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 surtirá efeito: (...)IV - a partir do ano-calendário subsequente àquele em que for ultrapassado o limite estabelecido, nas hipóteses dos incisos I e II do art. 9º;(grifos acrescidos)112. Esclareça-se, no que se relaciona aos itens do contraditório Presunção de Omissão de Receitas (Depósitos Bancários) e Obtenção de Prova Ilícita, que os elementos questionados já foram objeto de esclarecimento neste Acórdão.

113. No caso litígio que se examina, pertinente à exclusão do Simples Federal, o que se discute é a correspondência entre o que registra o ato de exclusão e a legislação de regência do regime simplificado.

LANÇAMENTOS – LUCRO ARBITRADO – ANOS-CALENDÁRIO 2006 e 2007

114. De plano, cabe mencionar que a Instrução Processual que culminou com os lançamentos para os anos-calendário 2006 e 2007 corresponde exatamente aos documentos produzidos na autuação acima discutida, pertinente ao ano-calendário 2005 e lavrada no regime do Simples Federal, e encontram-se acostados às fls. 60 a 757 do processo 10865.003539/2010-84.

INFRAÇÃO – OMISSÃO DE RECEITA POR PRESUNÇÃO LEGAL – CRÉDITOS EM CONTA DE DEPÓSITO DE ORIGEM NÃO COMPROVADA

115. Como já restou esclarecido, tendo em vista que nenhuma resposta, esclarecimento ou documento para justificar a origem dos créditos bancários consta no processo, os valores creditados em contas bancárias da contribuinte cujas origens não foram comprovadas foram considerados não escriturados, constando relação completa dos mesmos às fls. 642 a 730, bem como a

totalização mensal em quadro à fl. 55, destacando-se que a recorrente foi receptora de créditos bancários, nos anos-calendário 2006 e 2007 nos valores de R\$ 3.932.560,79 e R\$ 4.040.787,85, respectivamente, tendo declarado em suas Declarações Simplificadas receita bruta de R\$ 327.531,80 (2006) e R\$ 481.086,78 (2007). [...]

116. Termo de Verificação Fiscal foi lavrado com ciência em 25/10/2010, com esclarecimento de todas as fases do procedimento fiscal e fundamentação legal pertinente (fls. 51 a 54).

117. Sobre as obrigações acessórias das pessoas jurídicas não sujeitas ao Simples, assim dispõem os caputs dos artigos 258 e 259 (Lucro Real) e o artigo 527 (Lucro Presumido) do Decreto nº 3.000/1999 (Regulamento do Imposto de Renda):

Art. 258. Sem prejuízo de exigências especiais da lei, é obrigatório o uso de Livro Diário, encadernado com folhas numeradas seguidamente, em que serão lançados, dia a dia, diretamente ou por reprodução, os atos ou operações da atividade, ou que modifiquem ou possam vir a modificar a situação patrimonial da pessoa jurídica (Decreto-Lei nº 486, de 1969, art. 5º). (...)

Art. 259. A pessoa jurídica tributada com base no lucro real deverá manter, em boa ordem e segundo as normas contábeis recomendadas, Livro Razão ou fichas utilizados para resumir e totalizar, por conta ou subconta, os lançamentos efetuados no Diário, mantidas as demais exigências e condições previstas na legislação (Lei nº 8.218, de 1991, art. 14, e Lei nº 8.383, de 1991, art. 62). (...)

Art. 527. A pessoa jurídica habilitada à opção pelo regime de tributação com base no lucro presumido deverá manter (Lei nº 8.981, de 1995, art. 45):

I - escrituração contábil nos termos da legislação comercial;

II - Livro Registro de Inventário, no qual deverão constar registrados os estoques existentes no término do ano-calendário;

III - em boa guarda e ordem, enquanto não decorrido o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes, todos os livros de escrituração obrigatórios por legislação fiscal específica, bem como os documentos e demais papéis que serviram de base para escrituração comercial e fiscal.

Parágrafo único. O disposto no inciso I deste artigo não se aplica à pessoa jurídica que, no decorrer do ano-calendário, mantiver Livro Caixa, no qual deverá estar escriturado toda a movimentação financeira, inclusive bancária (Lei nº 8.981, de 1995, art. 45, parágrafo único).

118. Assim, tendo em vista que a empresa deixou de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos de sua escrituração comercial e fiscal, o que não permite a apuração do montante tributável no regime do Lucro Real ou Presumido (o Livro-Caixa não apresenta a movimentação financeira e bancária),

agiu corretamente a autoridade autuante ao aplicar ao caso o art. 530, inciso III, do RIR/1999:

Art. 530. O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando (Lei nº 8.981, de 1995, art. 47, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 1º): (...)

III - o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa, na hipótese do parágrafo único do art. 527; (...)

119. Cabe esclarecer que a apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL de acordo com o Lucro Arbitrado não é penalidade, sanção ou regime de exceção, mas simplesmente método de apuração. Isto é tão verdadeiro que o próprio contribuinte pode optar por esta forma de tributação se conhecida a receita bruta, conforme dispõe o artigo 531 do RIR/1999:

Art. 531. Quando conhecida a receita bruta (art. 279 e parágrafo único) e desde que ocorridas as hipóteses do artigo anterior, o contribuinte poderá efetuar o pagamento do imposto correspondente com base no lucro arbitrado, observadas as seguintes regras (Lei nº 8.981, de 1995, art. 47, §§ 1º e 2º, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 1º):

I - a apuração com base no lucro arbitrado abrangerá todo o ano-calendário, assegurada, ainda, a tributação com base no lucro real relativa aos trimestres não submetidos ao arbitramento, se a pessoa jurídica dispuser de escrituração exigida pela legislação comercial e fiscal que demonstre o lucro real dos períodos não abrangidos por aquela modalidade de tributação;

II - o imposto apurado na forma do inciso anterior, terá por vencimento o último dia útil do mês subsequente ao do encerramento de cada período de apuração.

120. O arbitramento, quer seja realizado pelo contribuinte, quer pela fiscalização, quando conhecida a receita bruta, deve obedecer ao disposto no artigo 532 do RIR/1999:

Art. 532. O lucro arbitrado das pessoas jurídicas, observado o disposto no art. 394, § 11, quando conhecida a receita bruta, será determinado mediante a aplicação dos percentuais fixados no art. 519 e seus parágrafos, acrescidos de vinte por cento (Lei nº 9.249, de 1995, art. 16, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 27, inciso I).

121. No presente caso, o arbitramento, realizado pela fiscalização, foi feito com base na receita bruta constatada por meio da presunção legal de omissão de receita, existente na legislação do imposto de renda, apurável com base em depósito bancário de origem não comprovada, de acordo com o artigo 42 da Lei nº 9.430/1996, com a alteração feita pela Lei nº 9.481, de 13 de agosto de 1997, in verbis:

Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto à instituição

financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

§ 1º O valor das receitas ou dos rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira.

§ 2º Os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.

§ 3º Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente, observado que não serão considerados:

I - os decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa física ou jurídica;

II - no caso de pessoa física, sem prejuízo do disposto no inciso anterior, os de valor individual igual ou inferior a R\$ 12.000,00 (doze mil reais), desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais). (...) (grifos acrescentados)

122. De acordo com o dispositivo acima transcrito, basta ao fisco demonstrar a existência de depósitos bancários de origens não comprovadas para que se presuma, até prova em contrário, a cargo do contribuinte, a ocorrência de omissão de rendimentos. Trata-se de uma presunção legal do tipo juris tantum (relativa), e, portanto, cabe ao fisco comprovar apenas o fato definido na lei como necessário e suficiente ao estabelecimento da presunção, para que fique evidenciada a omissão de rendimentos. A movimentação bancária da defendente encontra-se acostada às fls. 642 a 730.

123. Neste ponto deve-se esclarecer que não se está tributando o depósito bancário ou que este seja o fato gerador do imposto de renda. O que se está tributando é uma importância financeira de propriedade da fiscalizada que, pelo fato de não ter sua origem esclarecida e comprovada, deve ser considerada receita omitida, segundo a legislação acima reproduzida, que presume que este montante na verdade se origina de receita tributável auferida e não declarada. Diante desta presunção legal, o ônus da prova se inverte e passa à autuada, que tem a obrigação legal de comprovar a origem dos recursos.

124. Outro ponto que importa distinguir é a distinção entre os métodos de apuração de omissão de receitas com as formas de tributação do lucro.

125. Em relação ao método de apuração, esclarece-se que a caracterização de uma omissão de receitas pode dar-se por uma de duas vias: por uma presunção legalmente estabelecida ou, então, pela comprovação material, inequívoca, concludente da infração.

126. No primeiro caso, a lei estabelece, com base naquilo que se observa na maior parte dos casos – baseando-se, portanto, na aplicação de um critério de razoabilidade –, que ocorrida determinada situação fática, pode-se presumir, até prova em contrário – esta a cargo do contribuinte –, a ocorrência da omissão de receitas. Foi este o método de apuração de omissão de receitas utilizado no lançamento ora discutido.

127. A inversão legal do ônus da prova é perfeitamente aceita por nosso ordenamento jurídico, estando regulada também no artigo 334, inciso IV, da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil – CPC), aplicado subsidiariamente ao Decreto nº 70.235/1972 no Processo Administrativo Fiscal:

Art. 334. Não dependem de prova os fatos: (...)

IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

128. Já no segundo caso, a inexistência da presunção legal obriga a comprovação material do fato diretamente vinculado à subtração irregular das receitas, e não de outro que apenas indiretamente se relacione com o ilícito e que demande, por tal, cognição complementar para a caracterização da infração.

129. Em qualquer dos casos, no entanto, não se desobriga a autoridade de comprovar o(s) fato(s) que dá(ão) origem à omissão de receitas: ou aquele definido na lei como necessário e suficiente ao estabelecimento da presunção juris tantum, ou aqueles outros concretamente evidenciadores da materialidade da infração.

130. Desta forma, observando-se os critérios estabelecidos na legislação de regência, e intimado o contribuinte a se manifestar sobre os valores que restaram incomprovados, compete ao contribuinte e não ao fisco, provar a origem de cada um dos depósitos questionados se quiser eximir-se da exação ou, caso fique constatada sua origem tributável, que os respectivos valores foram oferecidos à tributação.

131. Assim, caracterizada a receita omitida, os lançamentos foram corretamente e motivadamente realizados e os respectivos créditos tributários devem ser mantidos. Desta forma, os lançamentos não são nulos ou devem ser anulados. Ao contrário, são totalmente eficazes e legais, pois estão baseados em fatos constatados e demonstrados e em legislação plenamente vigente.

132. Como dos autos se infere, a autoridade lançadora fez aquilo que o artigo 42 da Lei nº 9.430/1996 lhe atribuía como responsabilidade: constatada a manutenção de contas bancárias com expressiva movimentação (no presente caso, R\$ 7.973.348,64 nos anos-calendário 2006 e 2007, diante de receita bruta declarada no montante de R\$ 808.618,58), intimou-a a comprovar a origem de créditos efetuados em conta bancária.

133. Diante da falta de comprovação da origem dos mesmos depósitos bancários, o auditor fiscal não teve outra escolha senão formalizar o lançamento de omissão de receitas com base no artigo 42 da Lei nº 9.430/1996.

134. Não tendo a interessada qualquer cautela em documentar adequadamente os fatos, ficam por sua conta e risco as consequências de tal negligência. A responsabilidade por infrações tributárias independe da intenção do agente, conforme disposto no artigo 136 do Código Tributário Nacional:

Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

135. No lançamento ora impugnado, como já dito acima, a contribuinte está sujeita ao Lucro Arbitrado. Portanto, a omissão de receita, decorrente de depósitos bancários não escriturados, corresponde à receita bruta para fins de aplicação dos percentuais de arbitramento para definição das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, e é o faturamento sujeito à incidência do PIS e da COFINS, de acordo com o disposto no caput do artigo 24 da Lei nº 9.249/1995, in verbis:

Art. 24. Verificada a omissão de receita, a autoridade tributária determinará o valor do imposto e do adicional a serem lançados de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período-base a que corresponder a omissão.

§ 1º No caso de pessoa jurídica com atividades diversificadas tributadas com base no lucro presumido ou arbitrado, não sendo possível a identificação da atividade a que se refere a receita omitida, esta será adicionada àquela a que corresponder o percentual mais elevado.

§ 2º O valor da receita omitida será considerado na determinação da base de cálculo para o lançamento da contribuição social sobre o lucro líquido, da contribuição para a seguridade social - COFINS e da contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP. (redação deste parágrafo vigente à época dos fatos geradores neste processo discutidos)136. No contraditório apresentado a defendente argumenta que o lançamento é nulo em razão de sua exclusão do Simples Federal ter sido conduzida por ato ilegal e inconstitucional, sendo cabível, no seu entendimento, a lavratura do AI no regime do Simples Federal.

137. Neste quesito, como já restou plenamente esclarecido, não há qualquer mácula no Ato de Exclusão da contribuinte do Simples Federal com efeitos a partir de 01/01/2006, sendo perfeitamente cabível a autuação em regime diverso, no caso o Lucro Arbitrado.

138. Ainda neste tópico a recorrente pugna que é de rigor a suspensão do processo administrativo até que se julgue a exclusão do Simples Federal.

139. Esclareça-se que a exclusão em comento somente se tornará definitiva acaso se configure decisão definitiva sobre a matéria, após julgados todos os recursos previstos no Processo Administrativo Fiscal (PAF).

140. Tal fato não impede, entretanto, a lavratura do AI em regime diverso do Simples Federal, porquanto é dever do autuante prevenir a decadência.

141. A requerente também assevera que é procedimento obrigatório da fiscalização, e antes do lançamento, que se dê oportunidade ao contribuinte de ser tributado pelo Lucro Real, e não automaticamente pelo Lucro Arbitrado. Complementa o caso concreto não decorre de contabilidade imprestável, e que a ela deveria ter sido dada a oportunidade de apresentar contabilidade e documentos de suas despesas, além dos documentos contábeis apresentados durante a fiscalização.

142. Neste quesito, como foi exaustivamente exposto neste, tendo em vista que a empresa deixou de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos de sua escrituração comercial e fiscal, o que não permitiu a apuração do montante tributável no regime do Lucro Real ou Presumido (o Livro-Caixa não apresenta a movimentação financeira e bancária), agiu corretamente a autoridade autuante ao aplicar ao caso o art. 530, inciso III, do RIR/1999, com a consequente lavratura do AI no regime do Lucro Arbitrado.

143. Por fim, a Impugnante repete em sua defesa questionamentos já apresentados no contraditório pertinente ao AI ano-calendário 2005 (obtenção de prova ilícita, presunção de omissão de receita, inconstitucionalidade do aumento da base de cálculo do PIS, indevida inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e Juros Selic), sendo pertinente os mesmos esclarecimentos acima expressos na análise da impugnação apresentada ao referido AI.

Assim sendo, o Acórdão da 5ª Turma da DRJ/SPO/SP nº 16-73.579, de 14.06.2016, e-fls. 306-323, está perfeitamente motivado de forma explícita, clara e congruente e em harmonia com a legislação tributária.

Ressalte-se que todos os documentos constantes nos autos foram regularmente examinados com minudência, conforme a legislação de regência da matéria. Diferente do entendimento da Recorrente, os supostos fatos indicados na peça recursal não podem ser corroborados, nos termos do art. 145 e art. 147 do Código Tributário Nacional, bem como art. 15, art. 16 e art. 29 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, que estabelecem critérios de adoção do princípio da verdade material. O procedimento fiscal decorre de expressa previsão legal que é de observância obrigatória pela autoridade tributária, sob pena de responsabilidade funcional (parágrafo único do art. 142 do Código Tributário Nacional).

No curso do processo a Recorrente teve oportunidade de produzir o acervo-fático probatório de suas alegações. Porém, a totalidade das divergências não estão comprovadas, pois não foram apresentadas evidências robustas com força probante conjuntural das razões recursais. Por conseguinte, não cabe razão e à Recorrente.

Exclusão do ICMS da Base de Cálculo do PIS e da Cofins

A Recorrente alega que o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins.

Sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal (STF) proferiu o Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 574706 RG/PR, Tema 69, com trânsito em julgado em 09.09.2021 (art. 99 do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023 e art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999) no seguinte sentido:

Tese

O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins. [...]

O Supremo Tribunal Federal (STF) proferiu os Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 574706 RG ED/PR, Tema 69, com trânsito em julgado em 09.09.2021 (art. 99 do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023 e art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999) no seguinte sentido:

Embargos de declaração em recurso extraordinário com repercussão geral. Exclusão do ICMS da base de cálculo do pis e confins. Definição constitucional de faturamento/receita. Precedentes. Ausência de omissão, contradição ou obscuridade do julgado. Pretensão de rediscussão da matéria. Impossibilidade jurídica. Modulação dos efeitos. Alteração de jurisprudência com efeitos vinculantes e *erga omnes*. Impactos financeiros e administrativos da decisão. Modulação deferida dos efeitos do julgado, cuja produção haverá de se dar desde 15.3.2017 – data de julgamento de mérito do recurso extraordinário 574.706 e fixada a tese com repercussão geral de que “o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da Cofins” -, ressalvadas as ações judiciais e procedimentos administrativos protocoladas até a data da sessão em que proferido o julgamento de mérito. Embargos parcialmente acolhidos. [...]

O Supremo Tribunal Federal (STF) proferiu o Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 1452421 RG/PE, Tema 1279, com trânsito em julgado em 22.08.2025 (art. 99 do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023 e art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999) no seguinte sentido:

Tese

Em vista da modulação de efeitos no RE 574.706/PR, não se viabiliza o pedido de repetição do indébito ou de compensação do tributo declarado inconstitucional, se o fato gerador do tributo ocorreu antes do marco temporal fixado pelo Supremo Tribunal Federal, ressalvadas as ações judiciais e os procedimentos administrativos protocolados até 15.3.2017. [...].

Consta no Parecer PGFN nº 14.483/2021/ME, de 28.09.2021 cujos fundamentos de fato e direito são acolhidos de plano nessa segunda instância de julgamento (art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999):

60. Ante o exposto, conclui-se que cabe à Administração Tributária, consoante autorizado pelo art. 19, VI c/c 19-A, III, e § 1º, da Lei nº 10.522/2002, observar, em relação a todos os seus procedimentos, que:

a) Conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Tema nº 69 da Repercussão Geral, “O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS”;

b) O ICMS a ser excluído da base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS é o destacado nas notas fiscais;

c) Não é possível, com base apenas no conteúdo do acórdão, proceder ao recálculo dos créditos apurados nas operações de entrada, seja porque a questão não foi, nem poderia ter sido discutida nos autos;

d) As alterações realizadas pela Lei nº 12.973/2014 no Decreto-lei nº 1.598/1977, acerca da definição do que compõe a renda bruta, não impactam no resultado do julgamento do Tema nº 69;

e) Os efeitos da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS devem se dar após 15.03.2017, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até (inclusive) 15.03.2017;

f) Para excepcionar a modulação, exige-se ação judicial ou procedimento administrativo protocolado pelo contribuinte até a data do julgamento de mérito (15/03/2017), ou, anteriormente e que ainda estivesse em curso (não precluso), bem como que discutisse precisamente a inclusão do ICMS destacado na base de cálculo do PIS/COFINS;

g) No que toca aos valores inscritos em dívida ativa, inexistindo discussão administrativa ou judicial, os valores inscritos cujos fatos geradores ocorreram até 15/03/2017 permanecem hígidos, já os posteriores a essa data deverão ser decotados, mediante mero cálculo aritmético, excluindo-se o ICMS destacado da base de cálculo do PIS/COFINS. Havendo discussão judicial ou administrativa, nos termos já detalhados, a modulação poderá ser excepcionada;

h) O Parecer SEI Nº 7698/2021/ME não excepciona as conclusões do Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2011, face às peculiaridades do caso concreto (modulação retroativa dos efeitos da decisão e longo interregno temporal entre a decisão de mérito e o trânsito em julgado); ao contrário, as prestigia, visto que mantido como marco da cessação da eficácia de decisões anteriores a definitividade do precedente com repercussão geral. (g. n.)

Cabe mencionar os seguintes precedentes do CARF:

Acórdão nº 1003-004.495, de 05.11.2025:

ALEGAÇÃO GENÉRICA. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS OBJETO DE AUTUAÇÃO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO.

Não basta a alegação genérica de que os valores referentes ao ICMS devem ser excluídos da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da Cofins objeto da autuação, é preciso comprovar documentalmente que houve a inclusão indevida, bem como o montante do tributo estadual a ser excluído.

Acórdão nº 1201-001.498, de 10.12.2024:

BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS.

Para se valer do gozo da não incidência do PIS e da COFINS sobre o valor do ICMS incidente no faturamento, torna-se necessário que fique comprovado o valor do ICMS destacado nas notas fiscais que compuseram a base de cálculo das contribuições.

Acórdão nº 1301-007.419, de 14.08.2024:

ALEGAÇÃO GENÉRICA. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/PASEP E DA COFINS OBJETO DE AUTUAÇÃO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO.

Não basta a alegação genérica de que os valores referentes ao ICMS devem ser excluídos da base de cálculo da Contribuição ao PIS/Pasep e da Cofins objeto da autuação: é preciso comprovar documentalmente que houve a inclusão indevida, bem como o montante do tributo estadual a ser excluído.

O ônus da prova é a responsabilidade atribuída à Recorrente de um processo administrativo de apresentar provas que sustentem suas alegações (art. 373 do Código de Processo Civil), pois qualquer pretensão prima por uma lógica formal e material que devem ser provadas.

Vale assentar que a exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições ao PIS e Cofins alcança exclusivamente as obrigações tributárias decorrentes de fatos geradores que ocorrerem a partir a 15.03.2017, nos termos da modulação de efeitos decidida no RE nº 547.706-RG/PR, paradigma do Tema RG nº 69 e do decidido no RE nº 1.452.421-RG/PE, Tema RG nº 1.279. A norma que prevê a incidência tributária questionada permaneceu válida e hígida com a inclusão do valor do ICMS na base de cálculo da contribuição ao PIS e da Cofins até a data de 15.03.2017, fazendo surgir as respectivas obrigações tributárias sempre que praticado o fato gerador nela previsto. O STF, ao modular os efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-RG, o fez considerando a ocorrência do fato gerador (Recurso Extraordinário STF nº 1448778/PE). Tem-se que para excepcionar a modulação dos efeitos da referida ação judicial exige-se que o litígio tenha sido instaurado no procedimento administrativo pelo sujeito passivo antes da data do julgamento de mérito ocorrida em 15.03.2017.

No presente caso, a Recorrente instaura a fase litigiosa sobre esta matéria neste processo administrativo anteriormente a 15.03.2017, ou seja, a apresentação da impugnação ocorreu em 18.11.2010, e-fls. 571 e 573. Porém a Recorrente não apresentou qualquer documento para comprovar que houve a efetiva inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins no período objeto da ação fiscal.

A alegação genérica de que o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins objeto do lançamento de ofício por si só não é suficiente, pois é necessária a produção de um conjunto fático-probatório robusto da inclusão indevida e do montante do tributo estadual a ser excluído. Nesse sentido, ainda que o ICMS a ser excluído da base de cálculo das contribuições do PIS e da Cofins é o destacado nas notas fiscais não é possível, com base apenas no conteúdo do acórdão, proceder ao recálculo dos créditos apurados nas operações.

Consta no Acórdão da 4ª Turma da DRJ/SPO/SP nº 16-75.447, de 20.01.2017, e-fls. 577-627, cujos fundamentos de fato e direito são acolhidos de plano nessa segunda instância de julgamento (art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e § 12º do art. 114 do Anexo do Regimento do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023):

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS

78. Pugna a defendente que o ICMS não pode compor a base de cálculo do PIS e da COFINS incidentes sobre o faturamento das empresas, conforme previsão das Leis Complementares nºs 07/70 e 70/91. Acrescenta que o valor do ICMS apenas transita pelo caixa das empresas, o qual, uma vez arrecadado, haverá de ser repassado aos cofres dos Estados.

79. A Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, determinou que a base de cálculo da Cofins e do PIS/Pasep é o faturamento, correspondente à receita bruta da pessoa jurídica, entendida esta como a totalidade das receitas auferidas, sendo irrelevantes o tipo de atividade exercida e a classificação contábil adotada. No § 2º do art. 3º desse diploma legal, ficou estabelecido que se excluiriam da base de cálculo das citadas contribuições o IPI e o ICMS, este apenas quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário:

§ 2º Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º, excluem-se da receita bruta:

I - as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos, o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI e o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário; (...) (grifos acrescidos)

80. Observe-se que ao permitir a exclusão apenas do ICMS-Substituição, a legislação deixa claro, “contrario sensu”, que o ICMS devido pela interessada compõe a base de cálculo do PIS/Pasep e da Cofins.

81. Também as Leis nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, ao instituir a sistemática da não cumulatividade na apuração do PIS/Pasep e da Cofins, definem que a base de cálculo dessas contribuições é a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade exercida e a classificação contábil adotada. Relativamente ao ICMS, dispõem apenas que não integram essa base de cálculo as receitas decorrentes de

transferência onerosa a outros contribuintes de créditos de ICMS originados de operações de exportação.

82. Tem-se, assim, que por estrita previsão legal, que o ICMS incidente sobre as vendas só pode ser excluído da receita bruta, para fim de determinação da base de cálculo da Cofins e do PIS, quando o contribuinte figurar na condição de substituto tributário.

Assim sendo, o Acórdão da 5ª Turma da DRJ/SPO/SP nº 16-73.579, de 14.06.2016, e-fls. 306-323, está perfeitamente motivado de forma explícita, clara e congruente e em harmonia com a legislação tributária. Logo não cabe razão à Recorrente.

Juros de Mora.

A Recorrente discorda incidência dos juros de mora.

O Código Tributário Nacional prevê:

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente. [...]

Art. 139. O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta. [...]

Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

A Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, prescreve:

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, [...]

§3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

Cabe a aplicação do enunciado estabelecido nos termos do art. 123 do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023:

Súmula CARF nº 4

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e

Custódia - SELIC para títulos federais. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) proferiu o Recurso Especial Repetitivo nº 1.111.175/SP, Tema 145, com trânsito em julgado em 02.09.2009 (art. 99 do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023 e art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999) no seguinte sentido:

TESE JURÍDICA Aplica-se a taxa SELIC, a partir de 1º.1.1996, na atualização monetária do indébito tributário, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária. Se os pagamentos foram efetuados após 1º.1.1996, o termo inicial para a incidência do acréscimo será o do pagamento indevido; havendo pagamentos indevidos anteriores à data de vigência da Lei 9.250/95, a incidência da taxa SELIC terá como termo a quo a data de vigência do diploma legal em tela, ou seja, janeiro de 1996". [...]

EMENTA PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. JUROS DE MORA PELA TAXA SELIC. ART. 39, § 4º, DA LEI 9.250/95. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.
2. Aplica-se a taxa SELIC, a partir de 1º.1.1996, na atualização monetária do indébito tributário, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária.
3. Se os pagamentos foram efetuados após 1º.1.1996, o termo inicial para a incidência do acréscimo será o do pagamento indevido; no entanto, havendo pagamentos indevidos anteriores à data de vigência da Lei 9.250/95, a incidência da taxa SELIC terá como termo a quo a data de vigência do diploma legal em tela, ou seja, janeiro de 1996. Esse entendimento prevaleceu na Primeira Seção desta Corte por ocasião do julgamento dos EREsps 291.257/SC, 399.497/SC e 425.709/SC.
4. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ.

O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, e se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês. A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic) para títulos federais e se ampara na legislação ordinária, não contraria as normas balizadoras contidas no Código Tributário Nacional.

Consta no Acórdão da 4ª Turma da DRJ/SPO/SP nº 16-75.447, de 20.01.2017, e-fls. 577-627, cujos fundamentos de fato e direito são acolhidos de plano nessa segunda instância de julgamento (art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e § 12º do art. 114 do Anexo do Regimento do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023):

JUROS SELIC

83. Quanto aos questionamentos da Impugnante sobre os juros de mora calculados com base na taxa Selic, primeiramente é necessário esclarecer que a norma legal que regula os juros de mora tributários são o caput e o § 1º do artigo 161 do CTN, que assim determinam:

Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês. (...).

84. Observa-se que o § 1º do artigo 161 do CTN não estabelece teto para os juros de mora, mas apenas diz que eles serão de 1% se a lei não dispuser de modo diverso. Portanto, a lei ordinária pode determinar que os juros sejam menores ou que sejam maiores que 1% ao mês, já que diverso não significa apenas menor e o CTN não exaure qual deva ser a forma de cálculo dos juros de mora. Usando desta liberdade concedida pelo CTN, assim dispôs o legislador ordinário no artigo 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995:

Art. 13. A partir de 1º de abril de 1995, os juros de que tratam a alínea c do parágrafo único do art. 14 da Lei n.º 8.847, de 28 de janeiro de 1994, com a redação dada pelo art. 6º da Lei n.º 8.850, de 28 de janeiro de 1994, e pelo art. 90 da Lei n.º 8.981, de 1995, o art. 84, inciso I, e o art. 91, parágrafo único, alínea a.2, da Lei n.º 8.981, de 1995, serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente. (grifos acrescidos)85. Os juros de 1% previstos no § 1º do artigo 161 do CTN somente seriam aplicáveis se a legislação ordinária nada dispusesse a respeito. Desta forma, a utilização da taxa Selic como índice de cálculo dos juros de mora está plenamente de acordo com as disposições legais vigentes, não havendo ofensa ao princípio constitucional da legalidade nem nulidade do lançamento, devendo ser mantida, já que a autoridade administrativa não pode deixar de aplicar, sob pena de responsabilidade funcional, a lei introduzida regularmente no sistema jurídico e ainda não retirada do mesmo sistema por quem tenha competência constitucional para tanto.

86. A legalidade do uso da taxa Selic como juros de mora para cobrança de créditos tributários é confirmada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, reproduzindo-se abaixo trecho de ementa de julgado recente desta Corte,

que é o órgão judicial que dá a última palavra sobre a interpretação de legislação tributária federal que não envolva discussão constitucional:

32. A Taxa SELIC é legítima como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos débitos tributários pagos em atraso, ex vi do disposto no artigo 13, da Lei 9.065/95. (Acórdão unânime no Recurso Especial 719.350, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, Data do julgamento 16/12/2010, Data da Publicação no Dje 21/02/2011).

87. Este entendimento é aplicado e se encontra pacificado no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), cuja Súmula 04 assim se encontra redigida:

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Assim sendo, o Acórdão da 5ª Turma da DRJ/SPO/SP nº 16-73.579, de 14.06.2016, e-fls. 306-323, está perfeitamente motivado de forma explícita, clara e congruente e em harmonia com a legislação tributária. Logo não cabe razão à Recorrente.

Multa de Ofício Proporcional

A Recorrente discorda da aplicação da multa de ofício proporcional.

A Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, com redação dada pela Lei nº 14.689, de 20 de setembro de 2023, determina:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; [...]

A obrigação tributária em sentido amplo inclui o tributo e a penalidade pecuniária. A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente. A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos e converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária pelo simples fato da sua inobservância (art. 113 do Código Tributário Nacional).

Via de regra, a norma jurídica secundária impõe uma sanção em decorrência da inobservância da conduta prescrita na norma jurídica primária. A multa de natureza tributária é uma penalidade pecuniária procedente da lei em razão do inadimplemento de uma obrigação tributária principal ou acessória e expressa a obrigação de dar determinada quantia em dinheiro ao sujeito passivo. Nos termos do art. 3º do Código Tributário Nacional o tributo não é sanção por

ato ilícito e assim o tributo e a penalidade pecuniária tributária têm natureza de jurídica de obrigação tributária.

A autoridade lançadora reuniu evidências consistentes e convergentes acerca apuração de omissão presumida de receitas de valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais como o titular regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. A constituição do crédito tributário pelo lançamento de ofício enseja a aplicação da multa de ofício proporcional de 75% sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata. Da obrigação tributária decorre o dever de colaboração do sujeito passivo de prestar as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades (art. 197 do Código Tributário Nacional - CTN). O sujeito passivo tem obrigação de exhibir e conservar “os livros obrigatórios de escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos lançamentos neles efetuados”, ficando submetido à averiguação de livros e documentos da sua escrituração em decorrência de seu dever de colaboração até que se opere a decadência ou que ocorra a prescrição (art. 195 do Código Tributário Nacional - CTN).

No lançamento de ofício está afastada a aplicação da multa de mora que pressupõe o pagamento espontâneo e fora do prazo legal do tributo antes do início de qualquer procedimento fiscal em relação à matéria e ao período tratado nos autos (art. 7º do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972 e art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996).

Houve a constituição do crédito tributário pelo lançamento de ofício com base na omissão de receitas por presunção legal de depósitos bancários de origem não comprovada, cujos valores creditados em contas de depósito ou de investimento mantidas junto a instituições financeiras, em relação aos quais a Recorrente regularmente intimada, não comprovou, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações (art. 3º da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995 e art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996).

Cabe a aplicação do enunciado estabelecido nos termos do art. 123 do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023:

Súmula CARF nº 108

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 129, de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).

No caso de lançamento de ofício, é aplicada a multa de ofício proporcional de 75% sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata. Nesse sentido, a multa de ofício proporcional integra a obrigação tributária principal, e, por conseguinte, o crédito tributário, sendo legítima a incidência dos juros de mora calculados com base na taxa Selic desde o mês

subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao pagamento e de um por cento no mês do pagamento (art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996).

Consta no Acórdão da 4ª Turma da DRJ/SPO/SP nº 16-75.447, de 20.01.2017, e-fls. 577-627, cujos fundamentos de fato e direito são acolhidos de plano nessa segunda instância de julgamento (art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e § 12º do art. 114 do Anexo do Regimento do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023):

MULTA - CONFISCO

100. A defendente, no item do contraditório intitulado Multa Confiscatória, consigna que a multa aplicada ofende os princípios da razoabilidade ou proporcionalidade (art. 5º, inciso LIV) e da proibição do confisco (art. 150, inciso IV), previstos na Constituição Federal. Acrescenta que o valor da multa de 75% é de evidente “irrazoabilidade” e confisco, principalmente em virtude de ela, em momento algum, ter sonegado as informações solicitadas. Conclui que é forçoso o cancelamento da multa imposta ou, “ad argumentandum tantum”, esta deve ser reduzida, no mínimo, ao patamar de 20% (vinte por cento), de conformidade com o art. 61, § 2º, da Lei nº 9.430/96, retificando-se o AI lavrado.

101. Neste quesito, cumpre esclarecer que a referida vedação ao confisco estabelecida na Constituição Federal é dirigida ao legislador. Tal princípio orienta a feitura da lei, que deve observar a capacidade contributiva e não pode dar ao tributo a conotação de confisco. Não observado esse princípio, a lei deixa de integrar o mundo jurídico, por inconstitucional. É de se presumir, portanto, que a lei aprovada nos moldes constitucionais tenha estabelecido multas e taxas dentro de limites aceitáveis.

102. Estando a multa de ofício prevista no artigo 44 da Lei nº 9.430/1996, que ainda não foi revogado, não teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, nem foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado ou em Súmula Vinculante, não há como o julgador administrativo vinculado à lei vigente e às normas regulamentares, deixar de aplicá-la sob alegação de ofensa a quaisquer princípios jurídicos (por exemplo, proporcionalidade, razoabilidade, etc.).

Assim sendo, o Acórdão da 5ª Turma da DRJ/SPO/SP nº 16-73.579, de 14.06.2016, e-fls. 306-323, está perfeitamente motivado de forma explícita, clara e congruente e em harmonia com a legislação tributária. Logo, não cabe razão e à Recorrente.

Preclusão Processual - Alíquota Zero Incidente sobre as Bases de Cálculo de PIS e da Cofins

A Recorrente apresenta alegações em face da alíquota zero incidente sobre as bases de cálculo de PIS e da Cofins na venda no mercado interno dos produtos hortícolas e das frutas sobre as quais inaugura esta matéria litigiosa em sede recursal.

Sobre a preclusão processual, o Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, prevê:

Art. 14. A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento. [...]

Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência. [...]

Art. 16. A impugnação mencionará: [...]

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir; [...]

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.

O Código de Processo Civil determina:

Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente. [...]

Art. 507. É vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão.

A preclusão é a perda da faculdade de manifestação processual, seja pela prática do ato que não pode ser renovado (preclusão consumativa – art. 507 do Código de Processo Civil), seja em razão do seu não exercício dentro do prazo previsto na legislação de regência (preclusão temporal – art. 203 do Código de Processo Civil), seja pela realização de outro ato incompatível com aquele anteriormente pretendido (preclusão lógica – art. 1000 do Código de Processo Civil), seja pela impossibilidade de se decidir novamente sobre uma questão já decidida no mesmo processo (preclusão *pro judicato* – art. 494 do Código de Processo Civil).

O instituto da preclusão é a perda, extinção ou consumação de uma situação jurídica ativa processual, o que impossibilita a prática de atos processuais no tempo, na forma e no lugar não previstos na legislação de regência, dada a irreversibilidade do processo. Considerar-se não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada em sede de impugnação, verificando-se a preclusão em relação ao tema inclusive em face da supressão de instância.

Cabe mencionar os seguintes precedentes do CARF:

Acórdão nº 9303-013.017, de 16.03.2022:

No presente caso a decisão recorrida entendeu-se que as matérias não apresentadas na Impugnação não podem ser aduzidas em Recurso Voluntário, pela perda da faculdade processual de seu exercício, configurando-se a preclusão consumativa de acordo com os art. 16, III e art. 17 do Decreto nº 70.235/1972.

Acórdão nº 9202-011.023, de 23.09.2023:

Nos termos do art. 17 do Decreto nº 70.235, DE 1972, considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada em impugnação, verificando-se a preclusão consumativa em relação ao tema.

Dessa forma, alegações de defesa e provas devem ser apresentadas no início da fase litigiosa (impugnação), considerado o momento processual oportuno, precluindo o direito do sujeito passivo de fazê-lo posteriormente, salvo a ocorrência das hipóteses que justifiquem sua apresentação posterior.

Acórdão nº 1302-003.988, de 19.09.2019:

As matérias não propostas em sede de manifestação de inconformidade não podem ser deduzidas em recurso ao CARF em razão da perda da faculdade processual de seu exercício, configurando-se a preclusão consumativa, a par de representar, se admitida, indevida supressão de instância.

Acórdão nº 2402-012.704, de 09.05.2024:

A parte do lançamento com a qual o contribuinte concorda ou não a contesta expressamente em sua impugnação torna-se incontroversa e definitiva na esfera administrativa. Afinal, inadmissível o CARF inaugurar apreciação de matéria desconhecida do julgador de origem, porque não impugnada, eis que o efeito devolutivo do recurso abarca somente o decidido pelo órgão *a quo*.

A Recorrente inaugura em sede recursal a discussão da matéria atinente à alíquota zero incidente sobre as bases de cálculo de PIS e da Cofins. Em sede de impugnação a Recorrente não discute especificamente esta questão.

Nesse caso fica prejudicada a necessária dialeticidade democrática essencial na construção do ato de decidir. Como esta razão recursal não foi objeto da impugnação e não foi analisada em sede de decisão de primeira instância, resta caracterizada a impossibilidade de apreciação em segunda instância de julgamento, sob pena de incorrer em vedada supressão de instância. A ideia de ônus consiste em que a Recorrente deve, no processo, praticar oportunamente determinados atos em seu próprio benefício. Tem-se como incabível que haja inovação material em sede recursal para inserção de questão diversa daquela originalmente deduzida na impugnação, devendo a inovação ser afastada por se referir a matéria não impugnada no momento processual adequado.

No caso, não tendo sido impugnada no momento processual oportuno, a questão referente à alíquota zero incidente sobre as bases de cálculo de PIS e da Cofins está acobertada pelo instituto da preclusão e não pode mais ser discutida sob pena de supressão de instância, nos termos do art. 17 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972 e art. 507 do Código de Processo Civil. Logo não cabe razão à Recorrente.

Responsabilidade por Infrações

Tem-se que “a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato”

(art. 136 do Código Tributário Nacional). Ressalte-se que a “atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional” (art. 142 do Código Tributário Nacional). Ademais, “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece” (art. 3º do Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942).

Jurisprudência e Doutrina

No que concerne à interpretação da legislação e aos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, cabe esclarecer que somente devem ser observados os atos para os quais a lei atribua eficácia normativa, o que não se aplica ao presente caso (art. 100 do Código Tributário Nacional). O Parecer Normativo Cosit nº 23, de 06 de setembro de 2013, determina “que acórdãos do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF não constituem normas complementares da legislação tributária, porquanto não existe lei que lhes confira efetividade de caráter normativo”. “As decisões proferidas pelo CARF não podem ser enquadradas como práticas reiteradamente observadas e aceitas pelas autoridades administrativas, previstas no art. 100, III, do CTN” (Agravamento em Recurso Especial nº 2554882/SP).

Inconstitucionalidade de Lei

Atinente aos princípios constitucionais, cabe ressaltar que o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, uma vez que no âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade (art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, art. 98 do Regimento Interno do CARF aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023 e Súmula CARF nº 2).

Princípio da Legalidade

Tem-se que nos estritos termos legais este procedimento está de acordo com o princípio da legalidade ao qual o agente público está vinculado em razão da obrigatoriedade da aplicação da lei de ofício. Trata-se de poder-dever funcional irrenunciável vinculado à norma jurídica, cuja atuação está direcionada ao cumprimento das determinações constantes no ordenamento jurídico. Como corolário encontra-se o princípio da indisponibilidade que decorre da supremacia do interesse público no que tange aos direitos fundamentais (art. 37 da Constituição Federal, art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972 e art. 98 do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023).

Lançamentos Reflexos

O nexo causal entre as exigências de créditos tributários, formalizados em autos de infração instruídos com todos os elementos de prova, determina que devem ser objeto de um único processo no caso em que os ilícitos dependam da mesma comprovação e sejam relativos ao mesmo sujeito passivo (art. 9º do Decreto 70.235, de 06 de março de 1972).

O valor da receita omitida é considerado na determinação da base de cálculo para o lançamento da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, da Contribuição para o PIS/Pasep e das contribuições previdenciárias incidentes sobre a receita, com base no art. 24 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995.

Consta no Acórdão da 4ª Turma da DRJ/SPO/SP nº 16-75.447, de 20.01.2017, e-fls. 577-627, cujos fundamentos de fato e direito são acolhidos de plano nessa segunda instância de julgamento (art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e § 12º do art. 114 do Anexo do Regimento do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634, de 21 de dezembro de 2023):

DOS LANÇAMENTOS DECORRENTES – SIMPLES FEDERAL – ANO-CALENDÁRIO 2005

145. Com relação aos lançamentos decorrentes, exigências relativas ao PIS e INSS, à COFINS e à CSLL, aplica-se, no que couber, a mesma decisão que se aplica ao lançamento de IRPJ, devido à correlação existente entre o lançamento principal e seus decorrentes.

DOS LANÇAMENTOS DECORRENTES – LUCRO ARBITRADO – ANOS-CALENDÁRIO 2006 e 2007

146. Com relação aos lançamentos decorrentes, exigências relativas ao PIS e INSS, à COFINS e à CSLL, aplica-se, no que couber, a mesma decisão que se aplica ao lançamento de IRPJ, devido à correlação existente entre o lançamento principal e seus decorrentes.

147. Assevera a defendente que o artigo 42 da Lei nº 9.430/1996 somente permite a presunção para efeitos de apuração de eventual omissão de renda e a consequente apuração do imposto sobre a renda. Acrescenta que a presunção, por falta de previsão legal, não pode ser estendida para a tributação do PIS, da COFINS, da CSLL e dos demais tributos (transcreve jurisprudência).

148. Neste quesito, constatada a existência de receitas omitidas, é decorrência lógica que estas venham a compor a base de cálculo das contribuições. É isso o que reza o art. 24 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995:

Art. 24. Verificada a omissão de receita, a autoridade tributária determinará o valor do imposto e do adicional a serem lançados de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período-base a que corresponder a omissão. [...]

§ 2º O valor da receita omitida será considerado na determinação da base de cálculo para o lançamento da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, da Contribuição para o PIS/Pasep e das contribuições previdenciárias incidentes sobre a receita. (...) (grifos acrescentados)

149. Ainda neste tópico a requerente tece considerações acerca da exigência da COFINS e do PIS, e pugna pela sua insubsistência por ter sido lavrado com base de cálculo amparada em lei inconstitucional e ilegal.

150. Neste tópico cabe remeter ao que já restou esclarecido anteriormente, acerca da impropriedade, por parte do julgador administrativo, em manifestar-se acerca da inconstitucionalidade de leis.

151. Portanto, plenamente cabível a lavratura dos autos reflexos em referência, porquanto perfeitamente amparados na legislação de regência da matéria.

Assim sendo, o Acórdão da 5ª Turma da DRJ/SPO/SP nº 16-73.579, de 14.06.2016, e-fls. 306-323, está perfeitamente motivado de forma explícita, clara e congruente e em harmonia com a legislação tributária.

Os lançamentos de CSLL, PIS, Cofins e INSS sendo decorrentes da mesma infração tributária, a relação de causalidade que os informa leva a que os resultados dos julgamentos destes feitos acompanhem aquele que foi dado à exigência de IRPJ.

Dispositivo

Em assim sucedendo voto em conhecer do recurso voluntário, em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, em dar-lhe provimento em parte para reconhecer a decadência do lançamento de ofício referente aos meses de fevereiro a setembro do ano-calendário de 2005.

Assinado Digitalmente

Carmen Ferreira Saraiva